

Universidad Andrés Bello
Facultad de Derecho



Martina Josefa Durán Ramírez

**“EL ABUSO DEL DERECHO EN LA
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL”**

Tesina dirigida por el Profesor:

Don Guillermo Andrés Parada Barrera

Santiago de Chile,

Año 2012

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	Pág. 2
---------------------------	--------

CAPÍTULO PRIMERO: Abuso del derecho

I. Conceptualización.	Pág.3
II. referencia histórica.	Pág.5
III. Criterios para la determinación del abuso del derecho.	Pág.9

CAPÍTULO SEGUNDO: El abuso del derecho en Chile

I. Recepción doctrinal del abuso del derecho.	Pág.13
II. Acogida del abuso del derecho en la legislación.	Pág.18

CAPÍTULO TERCERO: Aproximación al derecho comparado

I. Algunos ordenamientos europeos que consagran el abuso del derecho.....	Pág.23
1) Alemania.....	Pág.23
2) Suiza.....	Pág.24
3) España.....	Pág.26
4) Portugal.....	Pág.27
II. Ordenamientos latinoamericanos que consagran el abuso del derecho.....	Pág.28
1) Argentina.....	Pág.28
2) Perú.....	Pág.30
3) Venezuela.....	Pág.32
4) Brasil.....	Pág.33
5) Paraguay.....	Pág.34
6) Bolivia.....	Pág.34
7) Guatemala.....	Pág.35

CAPÍTULO CUARTO: Análisis jurisprudencial

I. El abuso del derecho y la responsabilidad extracontractual.....	Pág.37
II. El abuso del derecho y otras materias.....	Pág.46

CAPÍTULO QUINTO: Análisis crítico..... Pág.54 |

CONCLUSIONES..... Pág.58 |

ANEXO: Jurisprudencia recopilada..... Pág.59 |

BIBLIOGRAFÍA..... Pág.60 |

INTRODUCCIÓN:

En nuestro país el abuso del derecho no está regulado en términos generales dentro del Ordenamiento positivo. Sin embargo existen normas específicas que tratan la materia. Esta ausencia de regulación ha llevado a la mayoría de la doctrina nacional a entender que al abuso del derecho deben aplicarse las reglas que rigen la responsabilidad civil extracontractual.

Nuestra investigación está destinada a dilucidar si el criterio adoptado por la doctrina mayoritaria es suficiente, y, si sería conveniente en nuestro país regular el abuso del derecho. Esto para que los casos en que se presente la figura antes referida no queden impunes y, para que se logre la mejor solución para el caso concreto. Además para acercarnos un poco más al fin más importante del derecho que es la justicia.

El problema desde su inicio presenta dificultades, pues el concepto *Abuso del Derecho*¹ no está claro, hay múltiples interpretaciones y significados como autores que tratan la materia.

El abuso del derecho surge como una aspiración de orden ético y social. Lentamente esta figura se fue abriendo paso a través de la historia. Hoy en día es aceptada prácticamente por todos, sin embargo aún existen discrepancias, entre otras, relativas a los criterios para determinar su existencia, su denominación, etc.

En nuestro país el abuso del derecho no está regulado positivamente en forma general, sin embargo existen normas específicas que lo recepcionan. La doctrina en general ha sostenido que al abuso del derecho es un ilícito civil al que deben aplicársele las reglas que rigen la responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo existen autores que discrepan, y que consideran que el veto al ejercicio abusivo de los derechos es un principio general de nuestra legislación.

El Método comparado nos es de gran utilidad para exponer la investigación, ya que lo que se quiere lograr es hacer conciencia de una reforma legal o más bien una creación legal, al elaborar una propuesta coherente y lógica del tema en cuestión.

¹ Cfr. Rodríguez Grez, Pablo: *El Abuso del Derecho y El Abuso Circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1999, p. 134

Capítulo primero: Abuso del derecho.

I. Conceptualización.

En un principio se acepta que quien ejercita un derecho no comete un hecho ilícito, no estando por ende comprometida su responsabilidad.

La doctrina del abuso del derecho asume que *“el ejercicio de un derecho puede ser ilícito, aunque el titular actúe dentro de los límites externos que establece el respectivo ordenamiento normativo”*.²

La definición que se le da a esta institución, no es técnica, sino que el derecho civil ha tenido que conceptualizarlo como una tarea que le corresponde, ya que lo que regula son las relaciones privadas.

Se denomina Abuso del Derecho a la situación que se produce cuando el titular de un Derecho Subjetivo actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero su ejercicio resulta contraria a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del Derecho. Igualmente es el accionar, de quien en el ejercicio de un derecho, actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí y causando daño a tercero.

Se puede discutir el término abuso del derecho (que tiene fuerza expresiva y ha sido incorporado definitivamente al léxico jurídico) pero no se puede discutir el ejercicio de los derechos más allá de los límites de la buena fe, estos derechos no pueden estar a disposición de la maldad porque tiene una base que es un espíritu (la cual es la razón del porque la ley los entrego). No se puede pensar que esta facultad en manos de los jueces, puede transformarse en un instrumento de seguridad jurídica y así negar al ser humano los derechos que estos tienen, es por esto que la elección de los jueces aleja a estos de la política y los separa de la tentación demagógica (que es lo que ocurre en un legislador al dictar leyes con el fin de ganar clientela política).

No admitir el abuso de derecho significaría impedir que ni los poderes del Estado ni los particulares puedan, al amparo del ejercicio de un derecho fundamental, limitar o atacar a

² Barros Bourie, Enrique: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2006.

otro derecho fundamental o bien para desviarse de los límites intrínsecos en el ejercicio del derecho de que se trate.

Por la necesidad de afirmar la existencia de los derechos subjetivos, hay que cuidarse de los excesos en el que suele pasar en el ejercicio de ello. Porque si la ley los reconoce con un fin justo y útil, puede acontecer que en ciertas circunstancias se tornan injustos en algunas consecuencias.

La teoría del abuso del derecho tenía un obstáculo en el art. 1071, que decía “*El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto*”, pero esta teoría se fue abriendo paso en la jurisprudencia, hay también en el Código Civil ciertas normas que indican que Vélez Sarsfield no aceptaba siempre el carácter absoluto de los derechos y que estos estaban limitados por cuestiones de organización moral y social.

La teoría del “abuso del derecho” surge como una sentida aspiración de orden ético y social. Con ella se intenta insertar el ejercicio del derecho subjetivo en un marco en el que coexistan múltiples sujetos y en que domina una concepción moral bien definida.³

Aparece, por otra parte, como una reacción al rigor del derecho asimilado a la literalidad de la norma y no más allá de ella, colocando al juez como un miserable aplicador aritmético de la ley, única forma de lograrse la seguridad jurídica según esa concepción.⁴

En relación a la expresión “abuso del derecho”, ésta ha sido largamente criticada, algunos señalan que la terminología es equivocada e inductiva a error. Afirmar que puede “abusarse” de un derecho encierra una contradicción grave, ya que el abuso, como se propone, sólo puede proyectarse en una zona en la cual el derecho no existe. No hay ni puede haber abuso alguno si el interés que se procura alcanzar y se realiza está dentro de los límites delineados por la norma. Más allá, simplemente, no estamos en el marco de lo jurídico.⁵

³ Cfr. Rodríguez Grez, Pablo: *El Abuso del Derecho y El Abuso Circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1999, p. 134

⁴ Cfr. Fuego Laneri, Fernando: *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1990, p 270.

⁵ Cfr. Rodríguez: *Op. cit.*, p. 138.

II. Referencia histórica.

La teoría del abuso del derecho fue formulada al inicio del siglo XX. Su principal impulsor fue el francés **Josserand**. A su juicio, ningún derecho era absoluto y el ejercicio de las facultades otorgadas por la ley, debía ser conforme al espíritu que impulsó su sanción.

Contrario a esta teoría, encontramos a **Planiol**. Sostenía que si hay abuso, no hay derecho. A su juicio, un acto abusivo sería al mismo tiempo conforme y contrario al derecho, y esto era imposible.

Fue redactado en primera instancia por **Vélez Sarsfield**, quién incluyó el artículo 1071 en el Código Civil, el cual indica que la inducción al cumplimiento de una obligación y el ejercicio de un derecho no es un acto ilícito por el solo hecho de ejercerlo, sino que se considerará abuso todo aquello que exceda a la moral y a las buenas costumbres.

La teoría del abuso del derecho tuvo sus primeras apariciones en la jurisprudencia Francesa.

Dicho artículo a lo largo del tiempo fue sufriendo la influencia de otros artículos como la remisión hecha por el artículo 16 del Código Civil el cual habla de que una cuestión Civil si no se puede resolver por la palabra, ni por la ley se tendrá que resolver por las leyes análogas en el caso que resultara dudoso se resolverá por los principios generales del derecho.

Se puede seguir el rastro del abuso del derecho en el pensamiento contemporáneo, los juristas observan con desconfianza a esta institución, solamente la ley tiene el poder y la obligación de limitar las actividades del ser humano, mientras estén dentro de estos límites, estos no tendrán inconvenientes, porque si no, todos estaríamos bajo el juzgamiento de los poderes públicos, y la seguridad y libertad estarían perdidas. Por lo tanto, el hombre debe saber de antemano que es lo que puede hacer y lo que no fijándose a través de la ley.

La ley es la base dentro de la cual la persona puede desarrollar sus actividades sin temor de perjudicar a terceros, si esto se produce se debe aplicar una pena. El derecho termina cuando comienza el abuso.

Se disputan el nacimiento de la teoría del abuso del derecho, Roma y Francia. Y mucho al respecto se ha discutido por la Doctrina.

Quienes niegan el origen de la teoría del abuso del derecho en el Derecho Romano, argumentan que los romanos resolvieron muchos casos, donde se usó anormalmente el derecho, con fundamento en el principio de la equidad. Quienes contrario a lo anterior, adjudican el origen de esta figura en el Derecho Romano, parten de la base que nació en los planteamientos realizados a la relatividad de los derechos.

Para Ordoqui (2010): ⁶

En realidad la teoría del abuso del derecho comienza por la elaboración jurisprudencial en Francia. A partir de 1804, la jurisprudencia que representa el llamado derecho vivo, es la que por primera vez tiene que encarar la resultancia del ejercicio abusivo del derecho. Son famosas las sentencias de Colmar y de Lyon, correspondientes a los tribunales de aquellas ciudades. Con la sentencia del 2 de mayo de 1855 se dio el germen de lo que sería el abuso del derecho al limitar el derecho de propiedad, eje sobre el cual giraba fundamentalmente la codificación del siglo XIX... En 1856, o sea, un año después, en una sentencia que se dicta en un Tribunal de LYON en que se sanciona al propietario que había instalado una bomba de agua para succionar el agua existente en el subsuelo de su heredad, con la única finalidad de perjudicar al vecino, que dependía también de esta agua. El agua era succionada por quien ejercía abusivamente su derecho, y no era utilizada sino que la dejaba perder en el río. Como se ve, en lo expuesto en estas dos sentencias estuvo el origen de la teoría del abuso del derecho, que luego, sobre esta casuística, fue construida por la doctrina más sobresaliente en las personas de SALEILES Y JOSSERAND. (p.33)

Por otro lado, se informa (Rengifo, 2010) que:

Según Josserand -para quien la teoría del abuso de los derechos no es tan moderna como se piensa-, rinde homenaje a la experiencia jurídica romana por encontrar en ella la fuente

⁶ Ordoqui Castilla, Gustavo. (2010). *Abuso de Derecho*. 2e. Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá.

generatriz de su doctrina sobre la relatividad de los derechos subjetivos: “Los prudentes habían entrevisto y aun realizado en cierta medida los conceptos de la relatividad y del abuso de los derechos, como lo atestigua la máxima *Summum ius, summa iniuria*. Gayo decía que ya no debemos abusar de nuestros derechos; *male enim nostro iure uti non debemus*, y el derecho pretoriano en su conjunto, constituye una reacción de la equidad contra el derecho estricto, del espíritu de oportunidad y de sutileza contra el espíritu geométrico. Solo que parece que los romanos se limitaron, en esta obra de humanización y socialización del derecho, a perseguir el dolo y el fraude y a condenar la intención de causar daño; para ellos el acto abusivo únicamente era el que se cumplía con intención nociva”

Los derechos absolutos e irrestrictos, proclamados en la revolución francesa, que perduraron como tales por más de un siglo, comenzaron a debilitarse en el siglo pasado. Fue la jurisprudencia francesa la que tuvo la responsabilidad de abrir camino hacia un criterio más social en el ejercicio de los derechos subjetivos.

Correspondió a JOSSERAND⁷ y a SALEILLES⁸ elaborar una doctrina que constituyó una justa reacción contra el individualismo y absolutismo jurídico, propendiendo a una concepción más social del Derecho.

Se dice (Moisset⁹, 2010) que fue el siglo XX donde toma auge la teoría del abuso del derecho gracias a Josserand y Saleilles, éstos provocaron una total renovación al pensamiento jurídico contemporáneo y un florecimiento de la teoría, no obstante existir muchos juristas que se resistían a admitir su existencia. Acepta que el germen de la “moderna” teoría se encuentra en la sentencia de Paulo de que “no todo lo lícito es honrado, reproducida entre las regula juris del digesto.

En fin la postura tradicional y prevalente (Rengifo, 2010) es que el derecho romano desconoció la figura del abuso del derecho ya que la noción de derecho en la época antigua era objetiva, porque daba a cada quien lo suyo y no se concedían facultades al

⁷ Jurista francés y destacado investigador en materia de Derecho Civil.

⁸ Ídem.

⁹ Moisset de Espanés, Luis. (2001). *El Abuso del Derecho*. Artículo. Recuperado el 1º de noviembre de 2010, de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artabusodelderecho.pdf>

individuo. Y si el derecho no era facultad, no era poder ni ventaja, no se podía abusar de él.

La teoría de los actos de emulación (ejercicio de un derecho con la intención de dañar) sería el antecedente de la noción de abuso del derecho (Moisset 2010 y Rengifo 2010). Esta teoría surgió con ocasión de las relaciones de vecindad, que tuvo un fuerte desarrollo en el derecho con el fin de prohibir el ejercicio del derecho de propiedad sin utilidad para el dueño y sólo con la intención de dañar a otro.

La teoría de las inmisiones, que surgió junto con la teoría de los actos de emulación, se refiere a las invasiones en la esfera jurídica ajena, pero sin intención de dañar. La teoría de inmisión determina, a su vez, un nuevo criterio que es el de la normalidad. Se consideran lícitas ciertas afectaciones que provienen de las necesidades cotidianas normales. Sólo lo extraordinario o anormal es cuestionado y posible de ser calificado como abusivo. (Ordoqui, 2010)

Estos cambios en el pensamiento jurídico hicieron que con posterioridad al Código de Napoleón de 1804 se comenzara a regular el abuso del derecho.

Colombia no fue la excepción. En el decir de Tamayo (2007)¹⁰, en un principio la jurisprudencia colombiana encontró en el artículo 2341 del Código Civil el fundamento legal para introducir en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad civil por el abuso del derecho.

¹⁰ Tamayo Jaramillo, Javier. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. 2e. Legis. Bogotá.

III. Criterios para la determinación del abuso del derecho.

Existen 3 criterios:

1-. Subjetivos:

a-. Se identifica el abuso del derecho por el ejercicio efectuado por su titular con la intención de perjudicar (expuesta por Josserand), pero este criterio es insuficiente porque nunca el titular ejerce su derecho solo con el objeto de perjudicar al otro, sino que persigue un interés propio.

b-. El abuso consiste en el ejercicio del derecho con culpa del titular. Este criterio amplía levemente al anterior porque no solo considera abusivo al ejercicio doloso de los derechos, sino también al ejercicio culpable de los mismos. El titular puede ejercer el derecho de acuerdo a varias direcciones y es responsable cuando produce un daño a un tercero mediante su actuación, siempre que ese daño pudiera haber sido evitado. La culpa sujeta a la gente a la indemnización por los daños causados.

c-. El abuso consiste en ejercer el derecho sin interés o utilidad (sugerida por Saleilles y mantenida por Bonnetcase y Ripert). La ausencia del interés al ejercer un derecho, que causa daño en una persona indica que el titular actuó con intención de provocar ese daño, por lo tanto no puede ser amparado por la ley. Al faltar interés o utilidad en el titular del derecho, su conducta involucra una intención dolosa o culposa.

El sector más importante de esta concepción subjetivista, entiende que el ejercicio de un derecho es abusivo cuando se actúa con la intención de perjudicar al prójimo. Se parte por tanto de una actitud dolosa de quien ejercita las prerrogativas o facultades que surgen de la norma con el propósito de causar daño a un tercero. Esta teoría coincide con la de los “actos de emulación”, elaborada por los glosadores en la edad media.

El principal exponente de esta concepción es Georges Ripert quien acepta la existencia de esta figura, solo cuando el titular de un derecho, ejerciendo un acto en principio irreprochable, lo hace con la única y exclusiva intención de causarle daño a un tercero. Parte de la intencionalidad como fundamento del abuso del derecho.

Se le reprocha a esta concepción en la dificultad para probar la intención de perjudicar, además de asimilar el acto abusivo a ilícito, por lo que los detractores de la teoría del abuso del derecho tendrían argumentos para indicar que no se requiere de la institución del abuso del derecho, pues resultaría suficiente resolver el caso con las normas de responsabilidad.

Uno de los detractores de la teoría del abuso del derecho es Marcel Planiol (Tamayo, 2007), para quien el abuso del derecho es un falso problema, un procedimiento inventado por los juristas de un cierto momento histórico, para atenuar los efectos del ejercicio del derecho de propiedad, porque de darse abuso del derecho, esa conducta se debe regir por la teoría tradicional de la responsabilidad civil.

Otro sector ya no se refiere a la intencionalidad como fundamento del abuso del derecho, sino que solamente requiere que el actuar del sujeto sea culposo. Es un criterio técnico soportado en los principios tradicionales. La culpa entendida como error de conducta en que no hubiera incurrido una persona prudente y diligente. Basta haber ejercitado un derecho de manera perjudicial para un tercero sin interés para sí mismo. Los hermanos Mazeaud formularon este criterio.

Otro sector dentro de los subjetivistas habla de la falta de interés serio y legítimo, o también denominada fórmula económica. “Los derechos-afirman los sostenedores de este criterio- se conceden a los individuos para la consecución de determinados fines económicos. Cuando en el ejercicio de un derecho se desprende un perjuicio para un tercero, sin que aparezca del lado del titular un interés serio y legítimo es forzosa la reparación. (Parra, 1997 p.37) se indica que citando a Francisco Tafur Morales en la Nueva Jurisprudencia de la corte 2ª edición.

2-. Objetivos:

a-. El abuso consiste en el ejercicio contrario al fin económico y social del derecho. Esta posición exagera la función social de los derechos, porque muestra como fin esencial del derecho un destino económico o social, mostrándose contrario al fin individual del mismo.

b-. El abuso consiste en un ejercicio contrario al fin de su institución. Este criterio se refiere a que un acto se considera abusivo cuando es contrario al objeto por el cual fue creado el derecho, a su espíritu y finalidad.

c-. Abuso como ejercicio del derecho contrario a la moral y a las buenas costumbres.

El enfoque objetivo se aleja de consideraciones personales, debiéndose marcar los límites que marcan el exceso en el ejercicio del derecho y propone pautas de definición de los límites, que son los que finalmente definen el abuso. Está fundada en el desvío de la finalidad social de los derechos. Según Josserand, los derechos subjetivos no siempre son absolutos y la mayoría de las veces deben cumplir una función social. Cuando se carece de un interés legítimo y se desvía la finalidad social del derecho, causando con ello daño a un tercero, entonces según este autor, hay abuso del derecho.

3-. Mixto:

Es imposible crear una noción del abuso del derecho que se pueda aplicar a todas las clases porque para algunas situaciones se toma la intención de perjudicar, para otras la culpa y la ausencia de un motivo legítimo.

Propuesta por Josserand, al considerarse que no existe oposición entre los subjetivistas y los objetivistas, sino que son enfoques que se pueden complementar.

Se indica este criterio como el que en la actualidad tiene mayor acogida por la doctrina para identificar una conducta como abusiva, pues si falta interés o es ilegítimo, se está empleando el derecho en forma irregular o abusiva.

Como lo indica Moisset (2010) en unos casos, con criterio amplio se establece la alternativa y el acto se considera abusivo cuando se comprueba la presencia del elemento subjetivo (dolo o culpa), o en su defecto, la del elemento objetivo (ejercicio irregular), considerándose que cualquiera de ellos es suficiente.

Para TAMAYO (2007) en la teoría del abuso del derecho debe existir al mismo tiempo intención dañina y la falta de interés serio, pues si falta alguno de estos elementos no habría abuso del derecho, y debiera buscarse otra clase la responsabilidad.

Capítulo segundo: El abuso del derecho en Chile

I. Recepción doctrinal del abuso del derecho.

El tema se ha desarrollado entre intensos debates doctrinales y marcada elaboración jurisprudencial. La noción de abuso del derecho se conoce a principios del siglo XX, con pretensión de instituto jurídico, pero su reconocimiento no ha sido pacífico, porque un sector de la Doctrina la ha negado mientras que otro sector la ha aceptado. Pero no podemos desconocer su importancia frente a la nueva visión filosófica y social de nuestros tiempos.

La formulación de la teoría fue seguida por una abundancia de trabajos doctrinales acerca de la materia; su necesidad social y su imprecisión jurídica constituyeron el campo apropiado para la rapidez de su desarrollo. Si en sus comienzos empezó aplicándose tímidamente al derecho de propiedad, en la actualidad se extiende a casi la totalidad del derecho privado, surgiendo -paralelamente la teoría civilista del abuso- la teoría administrativa de la desviación del poder. Dice Hauriou¹¹

El abuso del derecho en nuestro país no se encuentra consagrado positivamente, sin embargo, se pueden encontrar algunas normas en la legislación que responden a su espíritu.

De aquellas nos ocuparemos posteriormente.

En primer lugar veremos cómo el abuso del derecho ha sido recepcionado en la doctrina nacional.

Comenzaremos con la posición que sustenta **Arturo Alessandri Rodríguez**, que es la que en general han seguido los autores que tratan de la materia.¹²

Éste considera que “el abuso del derecho es la aplicación a una materia determinada de los principios que rigen la responsabilidad delictual y cuasi delictual civil: ese abuso no es sino una especie de acto ilícito.

¹¹ Jurisconsulto francés, uno de los principales autores del Derecho Público francés.

¹² En el mismo sentido, Corral Talciani, Hernán: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 125-127

Debe, por tanto, resolverse con arreglo al criterio aplicable a cualquier hecho ilícito: habrá abuso de derecho cuando su titular lo ejerza dolosa o culpablemente, es decir con intención de dañar o sin la diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos o negocios propios”.¹³

De lo anteriormente transcrito podemos desprender que el autor no considera al abuso del derecho una figura autónoma, sino como una especie de acto ilícito. En este mismo sentido **López Santa María** apunta “el abuso del derecho no es una institución autónoma, sino una manifestación concreta de la responsabilidad civil extracontractual, la cual, en su caso permite demandar una indemnización de perjuicios por delito o por cuasidelito civil”.¹⁴

Enrique Barros, al referirse al abuso del derecho como antecedente de la responsabilidad civil, señala los efectos generales de esta figura. Quien abusa de un derecho no puede invocarlo como justificación de su conducta. Aunque se cumplan formalmente las condiciones para su ejercicio, este no está amparado por la ley: el abuso de derecho es un ilícito civil. De esta calificación se siguen sus principales efectos jurídicos.

Entre estos efectos jurídicos distingue:

1) Si el abuso recae en el ejercicio de una acción civil, el titular queda privado de la pretensión respectiva. Así, por ejemplo, aunque el vendedor haya incurrido en el incumplimiento de alguna obligación conexa pactada en el contrato de compraventa, puede ocurrir que el comprador carezca de la acción resolutoria (que formalmente le corresponde según el artículo 1489), si atendidas las circunstancias del Contrato, tal incumplimiento resulta proporcionalmente insignificante. En general, el abuso es

¹³ Alessandri Rodríguez, Arturo: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, 2ª edición. Editorial Ediar-Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1983, p. 261.

¹⁴ López Santa María, Jorge: *Los Contratos parte general tomo I*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, p. 305.

Precisamente el límite interno a las pretensiones que el derecho invocado confiere al titular.

2) Si el abuso ha recaído en el ejercicio de un derecho potestativo (esto es, de una competencia conferida para configurar o modificar relaciones jurídicas), el efecto será la ineficacia del acto jurídico. La ineficacia será de nulidad o inoponibilidad, según resulte de las reglas técnicas aplicables. Así, el acto realizado en fraude a terceros será inoponible, porque no está afectado por vicio alguno de nulidad (véanse ejemplarmente los artículos 2468 y 1753 II). Por el contrario, si el acto tiene por fin eludir la aplicación de una norma de orden público, la sanción será la nulidad, pues en tal caso estará normalmente afectado por los vicios de objeto o causa ilícitos.

La superación del límite que las buenas costumbres y el orden público imponen al ejercicio del derecho potestativo tiene como sanción precisa ese efecto de nulidad (artículo 1461 y 1467 en relación con artículo 1682 I).

3) Si los efectos del acto abusivo se prolongan en el tiempo, corresponde interponer una acción civil orientada a evitar o terminar el daño provocado. La acción estará destinada a obtener que quien ejerce abusivamente el derecho (o amenaza hacerlo) omita la conducta y suprima los efectos dañosos ya producidos; su ejercicio es especialmente importante en materias de vecindad, en que se pretende la remoción de una causa actual de daño. El objeto de la acción es impedir un acto o provocar la restitución del estado de cosas afectado por el acto ya realizado. Si bien esta acción que cautela en naturaleza el derecho tiene fundamento en el Código Civil (artículos 932, 2328 II y 2333) y en la doctrina, tiende a ser ineficaz, porque en el derecho chileno no existen acciones civiles de urgencia consagradas por la ley o por la práctica judicial. Por eso, el medio idóneo para obtener la interrupción o prevención de los efectos dañinos es usualmente el recurso de protección, aunque ello suponga invocar en contra de quien actúa abusivamente una garantía constitucional de las enumeradas en el artículo 20 de la Constitución. En contraste con el expedito procedimiento de la protección, la acción civil para hacer cesar el daño está sujeta al procedimiento ordinario, de larga tramitación, o, a lo más, al procedimiento sumario.

4) Finalmente, el abuso del derecho puede dar lugar a responsabilidad civil extracontractual.

En relación a este último efecto, indica que en general, en el ordenamiento de la responsabilidad civil el ejercicio de un derecho opera como una causal de justificación que permite neutralizar el juicio de ilicitud de la conducta. Pero esta inmunidad cesa si el derecho no es ejercido de forma regular. Así, cuando el ejercicio del derecho resulta abusivo, usualmente será también culpable o doloso en los términos exigidos por la ley para que proceda la responsabilidad extracontractual por los daños causados a terceros. De este modo, por la sola aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad extracontractual (artículos 2314 y siguientes) resulta obligado a indemnizar quien en ejercicio abusivo de su derecho daña a otro, sea que haya actuado con dolo, sea que simplemente haya incurrido en notoria desconsideración de un deber implícito de cuidado (culpa).¹⁵

Fernando Fueyo¹⁶ señala que indudablemente en ocasiones nace la obligación de reparar daños por parte de aquel que ejerció su derecho abusivamente. Así también lo recalcan algunos códigos que consagraron este principio expresamente. Pero ni ese es el único efecto que se produce, ni menos podríamos tomar un efecto por la substancia. Él considera que el veto al ejercicio abusivo de los derechos constituye un principio general del derecho; ni siquiera una “teoría” o una simple forma de apreciar las cosas. Simplemente porque el ejercicio abusivo de los derechos puede darse respecto de cualquier derecho subjetivo, sin limitaciones, y, a la vez, porque fija los límites de contenido substancial del derecho al tiempo de su ejercicio por el titular respectivo. Continúa Fueyo señalando que esta materia debería situarse en la Parte General, o Título Preliminar, o introducción, es decir el principio referido al ejercicio abusivo del derecho, debe iniciar la normativa del Código Civil. Concluye proponiendo un posible texto, aunque advierte que resulta extremadamente difícil dar con un buen diseño y redacción de la disposición que pudiese consagrar en Chile, por primera vez, el ejercicio abusivo de los derechos. El texto que propone es el siguiente:

¹⁵ Cfr. Barros Bourie, Enrique: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2006, pp. 646-648.

¹⁶ . Fueyo Laneri, Fernando: *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1990, p 270.

“Los derechos subjetivos, públicos y privados, no podrán ejercitarse abusivamente, sino conforme a las exigencias de la buena fe, el orden público y las buenas costumbres imperantes.

Todo acto u omisión que por la intención del autor, o por su culpa o negligencia, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites del ejercicio de un derecho según queda establecido en el inciso primero, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y, según las circunstancias del caso, a la adopción de prontas medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso o que contrarresten las amenazas evidenciadas. Siendo posible, se perseguirá la reposición al estado de hecho anterior. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente.”¹⁷

Pablo Rodríguez va más allá y discrepando frontalmente de la posición sustentada por Alessandri, señala que el abuso del derecho está mal conceptualizado, ya que si fuere susceptible de medirse conforme a las reglas de la responsabilidad delictual o cuasi delictual, ello implicaría dar a estas normas prioridad y supremacía en relación a las demás normas del ordenamiento jurídico. Ello porque el derecho subjetivo es una facultad conferida en el ordenamiento jurídico que permite a su titular obtener la satisfacción de un interés reconocido y amparado en dicho ordenamiento. Quien ejerce un derecho subjetivo sólo tiene una frontera que respetar, así obre de buena o mala fe y cuidadosa o negligentemente: el interés que el ordenamiento le permite alcanzar. Si el titular del derecho causa un daño, éste está previsto y es querido por el sistema jurídico que representa, junto al beneficio que se logra, la realización de un valor incorporado por el legislador en la norma que consagra el derecho.

Por lo tanto para él no puede abusarse del derecho, porque si se tiene, puede ejercerse, cualquiera sea el daño que se cause, y si no se tiene, no puede hablarse de abuso a su respecto.

Continúa diciendo que tras el abuso del derecho se esconde una figura completamente distinta, que corresponde a la desviación o extensión excesiva del interés jurídicamente

¹⁷ Cfr. Fueyo Laneri: *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, pp. 275- 298

protegido en el derecho subjetivo. Quien abusa del derecho lo que hace es otra cosa: extiende el interés más allá de sus límites o lo desvía en una dirección contraria a la ley. De allí que lo que se ha denominado abuso del derecho no sea más que el ejercicio de un espejismo o apariencia de derecho, porque éste sólo existe en la medida en que se logre con su ejercicio la satisfacción del interés protegido.

Concluye señalando que el abuso del derecho no tiene parentesco alguno con la comisión de un delito o cuasidelito, sino con el daño que se causa por efecto de poner en movimiento un falso derecho que no se tiene. Por lo mismo, es indiferente la intención con que actúa el agente, sólo interesa determinar que se trata de un daño que se causa pretextando el ejercicio de un derecho inexistente.

Agrega que la posición subjetivista en torno al abuso del derecho ha provocado que esta teoría deje en impunidad una infinidad de casos en que es imposible probar la culpa o el dolo de quien se atribuye el derecho. Muy diferente sería la realidad si se considerara que abusa aquel que manifestando ejercer un derecho, desvía o excede el interés consagrado en la norma.

II. Acogida del abuso del derecho en la legislación.

Adelantábamos que el abuso del derecho no se encuentra reconocido en forma general y expresa en nuestra legislación, sin embargo existen normas específicas que lo recepcionan.

Nuestro análisis incluirá aquellas normas citadas mayoritariamente por la doctrina como receptoras del abuso del derecho.

En primer lugar el artículo 945 del Código Civil (actualmente derogado y desplazado al artículo 56 del Código de Aguas). Según dicho artículo: “Cualquiera puede cavar en suelo propio pozos para las bebidas y usos domésticos, aunque ello resulte menoscabarse el agua de que se alimente algún otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo.”

Fernando Fueyo considera que la hipótesis es muy restringida y que resulta aplicable a situaciones de muy rara ocurrencia, en el área rural y generalmente de mínima importancia.¹⁸

Pablo Rodríguez distingue dos hipótesis en la norma. La primera consiste en que el titular del derecho no reporte beneficio alguno, caso en el cual es obligado a cegarlo. La segunda, en que el perjuicio que se cause sea mayor que el beneficio propio, debiendo en este evento prevalecer el derecho de quien obtiene mayor utilidad.

Él considera que sólo en la primera de las hipótesis anteriormente indicadas se está en presencia de un caso típico de abuso del derecho, ya que la figura descrita corresponde a una extensión indebida del interés que ampara la norma. En la segunda, él estima que se trata de un caso de colisión de derechos que se resuelve conforme a un criterio económico, prefiriendo el ejercicio de aquel derecho que va unido a una mayor utilidad.¹⁹ En el Código Civil, encontramos el artículo 2110, que es señalado como una norma receptora del abuso del derecho. Dicha norma dispone: “No vale la renuncia que se hace de mala fe o intempestivamente.”

El artículo anteriormente citado es complementado por los artículos 2111 y 2112, que establecen cuándo la renuncia es de mala fe o intempestiva respectivamente. El efecto para ambos casos lo establece el artículo 2111, que en su inciso primero, segunda parte, dispone: “podrán los socios obligarle a partir con ellos las utilidades del negocio, o a soportar exclusivamente las pérdidas, si el negocio tuviere mal éxito”, y agrega en su inciso final, que “podrán asimismo excluirle de toda participación en los beneficios sociales y obligarle a soportar su cuota en las pérdidas”.

Fernando Fueyo indica que el efecto “no vale la renuncia” no es precisamente el de ineficacia del acto. El código desechó el camino de volver atrás, como si el acto no se hubiere producido y, en cambio reguló efectos imperativos y sancionatorios acordes con el contexto de la situación, tratando de evitar trastornos y perjuicios para la sociedad y el resto de los socios.

¹⁸ Cfr.Fernando Fueyo: Instituciones de derecho civil moderno, p. 265

¹⁹ Cfr.Pablo Rodríguez.: El abuso del derecho y el abuso circunstancial, p .206

A la vez contrarrestó los efectos del aprovechamiento abusivo por parte del socio que renuncia de mala fe o intempestivamente, y reguló efectos especiales más acordes con la idea de lo justo.

Agrega que aquí no se priva al socio de su libertad de renunciar. Lo que el socio no podrá hacer es abusar de su derecho a renunciar.²⁰

También se cita al artículo 51 inciso primero de la Ley N° 6.071 sobre propiedad horizontal, como receptora del abuso del derecho. Esta norma fue derogada por el artículo 48 de la Ley 19.537 sobre Copropiedad Inmobiliaria del Ministerio de Vivienda y Urbanismo de 16 de diciembre de 1997. Sin embargo la ley 19.537, recoge en términos generales, lo que anteriormente regulaba el artículo 51. Dicha ley, en su artículo 32 inciso segundo, dispone “Las unidades se usarán en forma ordenada y tranquila y no podrán hacerse servir para otros objetos que los establecidos en el reglamento de copropiedad o, en el silencio de éste, a aquellos que el condominio esté destinado según los planos aprobados por la Dirección de Obras Municipales. Tampoco se podrá ejecutar acto alguno que perturbe la tranquilidad de los copropietarios o comprometa la seguridad, salubridad y habitabilidad del condominio o de sus unidades, ni provocar ruidos en las horas que ordinariamente se destinan al descanso, ni almacenar en las unidades materias que puedan dañar las otras unidades del condominio o los bienes comunes”.

Para Fueyo, el artículo 51 inciso primero, actualmente recogido en el artículo 32 inciso segundo de la ley 19.537, es la aplicación más elocuente del ejercicio abusivo de los derechos en la legislación chilena hasta el momento. Agrega que estamos ante una hipótesis clara de aplicación de la teoría del abuso del derecho. Detento un derecho determinado, que puede ser el de dominio u otro, y debo ejercerlo racionalmente en forma de no causar daños o molestia a otros dentro de una relación de vecindad, como tampoco dañar de algún modo la propiedad raíz correspondiente.²¹

Las normas analizadas son uniformemente aceptadas como receptoras del abuso del derecho. Existen otras respecto de las cuales no hay acuerdo. Alessandri agrega además de las anteriormente analizadas, el artículo 270 del Código de Procedimiento Civil (actualmente artículo 280) que considera doloso el procedimiento del que solicita una

²⁰ Cfr. Fernando Fueyo: *Instituciones de derecho civil moderno*, p. 266

²¹ Cfr. Fernando Fueyo: *Instituciones de derecho civil moderno*, pp. 266-267

medida prejudicial precautoria concurriendo las demás circunstancias que señala y el artículo 39 de la ley de quiebras (actualmente artículo 45), que señala que el deudor sólo puede demandar perjuicios al acreedor que solicitó la quiebra si prueba que éste procedió con dolo o culpa.

Pablo Rodríguez indica que existen otras normas, especialmente contenidas en leyes modernas, que parecen estar inspiradas en la teoría del abuso del derecho. Él señala como normas que recepcionan esta teoría, los artículos 79 de la Ley de Sociedades Anónimas, 75 de la Ley General de Bancos, numerosas disposiciones de la ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, y los artículos 517, 532, 534 y 535 del Código de Comercio.²² Agregaremos un par de normas contenidas en el Código Civil, que también parecieran inspirarse en el abuso del derecho, ya que sancionan el ejercicio incorrecto del derecho otorgado y la utilización de éste para fines no previstos en la norma. En materia de filiación encontramos el artículo 197 (incorporado por la ley N° 19.585 de 1998) el cual en su inciso segundo establece que “la persona que ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada es obligada a indemnizar los perjuicios que cause al afectado”. En materia de alimentos encontramos el artículo 328 del Código Civil, que señala que “En caso de dolo para obtener alimentos, serán obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios todos los que han participado en el dolo”.

Otro antecedente donde se encuentra consagrado el Abuso del Derecho en la legislación chilena es el caso que plantea el Código de Aguas en el artículo 56 inciso primero *“Cualquiera puede cavar en suelo propio pozos para las bebidas y usos domésticos, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimente algún otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo”* El legislador exime de la obligación de solicitar el derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, cuando ellas se destinan a la bebida y usos domésticos, por cuanto la cantidad que se extrae con dichos fines es mínima y por ende en nada afectará el caudal o volumen de la cuenca u hoya hidrográfica. Pero puede darse el caso que lo que se esté aprovechando si cause un perjuicio a otra parte o aquel pozo que se alimente de este. Esto atentaría otro Derecho que lo reconoce la Constitución Política de 1980 en el último inciso del N° 24, del

²² Rodríguez Grez: El abuso del derecho y el abuso circunstancial, pp. 212-217

Artículo 19º establece: “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos*”. Al tener esta condición son susceptibles, entre otras posibilidades, ser transados en el mercado, dejarlos en herencia, etc.

Estimamos que la consagración legal de la materia en estudio existe, pero de un modo limitadísimo, y que tal como expresa Fueyo, nadie pondría en duda la pobreza científica de nuestro sistema legislativo en esta materia, como tampoco podría negarse la pobreza doctrinaria imperante en la materia en nuestros días.

Capítulo tercero: Aproximación al derecho comparado

I. Algunos ordenamientos europeos que consagran el abuso del derecho.

Comenzaremos este capítulo con una breve referencia normativa de ciertos ordenamientos europeos relevantes para nuestra investigación. Esto por cuanto consagran en forma expresa el abuso del derecho, y han servido de inspiración para algunas de las legislaciones que revisaremos posteriormente.

1.- ALEMANIA.

El Código Civil alemán de 1900 incorpora en su texto, hasta dos párrafos referidos a la condena, si bien limitada, del abuso del derecho. Éste código introduce el supuesto de abuso del derecho en su artículo 226. En este numeral se prescribe: “No se permitirá ejercitar un derecho cuando su ejercicio sólo pueda causar perjuicio a otro”. La disposición es, como se aprecia sumamente restrictiva, ya que exige que tenga como única y exclusiva finalidad el causar un perjuicio a otro. Es decir que el acto abusivo no puede tener, simultáneamente, otro u otros propósitos. El requisito contenido en el texto del artículo 226 hace muy difícil cumplir, en la práctica, con el supuesto de la ley, ya que en la mayoría de los casos es muy probable que pueda demostrarse que, al lado del propósito de perjudicar a otro, se presentan otras finalidades diversas pretendidas también por el agente de manera conjunta.

Martín Bernal señala que el párrafo 226, no recoge ni acepta en realidad un criterio amplio de la teoría del abuso del derecho, y lo que hace es prohibir el acto emulativo aunque con un alcance menor que en la doctrina medieval ya que no es suficiente que exista la intención de dañar, sino que exige que la intención dolosa sea la única motivación del acto.

Fernández replica en relación al comentario realizado por Martín Bernal que pone en duda que este dispositivo constituya un verdadero y propio acto emulativo, en la medida

que el supuesto de la ley no se limita, ni principal ni fundamentalmente, a un problema vinculado con el derecho de propiedad surgido entre vecinos.

Fueyo considera que la disposición 226 del Código Civil alemán, aparece como escasa o pobre en nuestros días y para la nación jurídica de primer plano de la cual procede.²³

El artículo 826 del Código Civil alemán en concordancia con el artículo 226, prescribe: “El que de un modo contrario a las buenas costumbres causa intencionalmente perjuicio a otra persona, estará obligado a su reparación”. El fundamento, en este caso, consiste en un atentado intencional pero a la vez, contrario a la moral, que es que es la interpretación más frecuente de lo que se pretende significar con las expresiones buenas costumbres.²⁴

Para **Bernal**, el artículo antes referido, proporciona mucho mayor juego, por cuanto obliga a la reparación, al que ejerciendo un derecho subjetivo o una simple facultad legal, causa un daño a otro de manera que supone atentado a las buenas costumbres, no representando el ejercicio del derecho un acto ilícito en sí mismo.²⁵

2.- SUIZA

El magnífico cuerpo normativo de suiza, como lo señala Fueyo, otorga una consagración del Abuso del Derecho; la cual si bien es breve, nos permite encontrar una estipulación más profunda de la misma, presentando la teoría como una continuación indebida del ejercicio de los derechos otorgados por el legislador a cada ciudadano en particular como así mismo, respecto a las obligaciones cuando su cumplimiento altera la buena fe, ello estipulando en su artículo segundo al señalar que cada uno debe ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones en base a la buena fe, agregando que el abuso por parte de un ciudadano de lo antes referido, no será protegido por la ley.

²³ Cfr. Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, p. 212

²⁴ Cfr. Fernández: *Op. cit.*, pp. 212-213.

²⁵ Cfr. Martín Bernal: *El abuso del derecho*, p. 84

Nos señala Fernández Sessarego, que respecto a la consagración legal de la teoría del Abuso del Derecho, el Código Civil Suizo del año 1907, crea sin duda una nueva etapa del mismo, al incluir el artículo antes mencionado, situación que ha sido copiada por varios Códigos Civiles posteriores; agrega además que el tratamiento otorgado a la teoría en el respectivo cuerpo normativo, es respecto a una cláusula general, haciendo posible al valor del juez valorar cada caso y/o circunstancia para que de esta forma y con la participación de la doctrina, la jurisprudencia y su valoración personal, pueda determinar si se encuentra o no en cada caso particular ante un hecho que pueda calificar como Abuso del Derecho, según su cuerpo normativo. El mismo, por ultimo nos menciona el artículo primero, de la misma normativa, en base que este, otorga al tercero imparcial, amplias facultades, incluso permitiendo subsanar lagunas de la ley, actuando en este caso, como legislador, explica que tal grado de confianza consagrada en el juez, es que hace posible, el Código Civil Suizo contraste en gran parte con otros, puesto que debido a su flexibilidad.

Hace referencia además al artículo 1 del Código Civil Suizo, esto porque el referido artículo concede al juez amplias facultades para integrar lagunas de la ley, cuando le otorga la facultades de actuar, en esta hipótesis, como si fuera legislador. Esta confianza depositada en el juez suizo permite que su código, en contraste con otros, por su mayor flexibilidad, en lo que se refiere a la teoría del Abuso, debiendo el juez en consecuencia al analizar cada caso en particular determinar dónde comienza el ilícito, es decir abuso de un determinado derecho, encontrando su fundamento dicha resolución judicial, según el actor, en el sentimiento de justicia subjetivo que posee cada juez, como sujeto regulador de conductas en base a los principios rectores de todo proceso jurídico.

Así Martín Bernal, en relación al párrafo 2° del artículo 2 del, nos señala “... *que tanto la doctrina como jurisprudencia parecen estar de acuerdo en que la expresión legal “abuso de manifiesto” no exige intención manifiesta de perjudicar o de actuar contra la buena fe, sino que bastara con que el acto de abuso resulte manifiesto a toda persona que obre con espíritu de justicia y equidad*”²⁶ queriendo con ello según su percepción, objetivizar el párrafo anterior, debido a que su carácter

²⁶ MARTIN BERNAL, JOSE MANUEL, Ob. Cit. Pág. 86

principalmente subjetivo, acarrea en definitiva, riesgo de fijación en la vida práctica del derecho, dando además una visión finalista a la corrección del Abuso del Derecho.

3.- ESPAÑA

No existía una consagración legal, de la sanción respecto a la teoría del Abuso del Derecho, en el Código original 1889, donde existían más bien, normas respecto a temas muy específicos, como era en el caso del Arrendamiento.

Se sostiene, en la legislación, que la Teoría del Abuso del Derecho, requiere para su aceptación que el ejercicio del derecho busque causar perjuicio, desarrollando una actitud abusiva, por parte del titular mismo, salvo en el caso del derecho de arrendamiento, el cual tiene un tratamiento especial, puesto que en este caso la propiedad para ejercerlo no hay un abuso del derecho mismo. Es muy común encontrar en la doctrina jurisprudencial española, la argumentación de que el ejercicio de una acción cuyo sustento es un precepto legal y el cual se desarrollen bajo lo estipulado por la ley, para obtener la efectividad de un derecho, cuando es posible encontrar un interés lícito en dirección a obtener un resultado dentro del orden preestablecido, es decir, conforme a derecho, no pudiendo por ello entenderse como un Abuso del Derecho.

Integra una nueva disposición en el artículo 7, la normativa Española, en el año 1974, quedando establecido en el título preliminar del Código Civil Español, el referido artículo se convierte en una cláusula general, abierta y prohibitiva de los actos que desencadenen en ejercicios abusivos de los derechos otorgados; Sessarego, nos señala que el referido precepto dispone *“1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe 2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión en que por la intención de su actor, por su objeto y las circunstancias en que se realice sobrepase manifestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso”*.²⁷

²⁷ FERNANDEZ SESSEREGO, CARLOS, Ob. Cit. Pág. 230-239

4.- PORTUGAL

Dentro de las disposiciones generales del subtítulo denominado “Del ejercicio y tutela de los derechos”, todo comprendido en el Libro Primero del Código de Portugal de 1967, “Parte General”, se encuentra el artículo 334. Tiene por rótulo: “Abuso del derecho” y dispone:

“Es ilegítimo el ejercicio de un derecho cuando el titular exceda manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, por las buenas costumbres o por el fin social y económico de ese derecho”.²⁸

Fernández Sessarego señala que el texto resuelve la cuestión relativa a la naturaleza del abuso del derecho al calificarlo, sin titubeos como un acto ilícito. De este modo, a nivel legislativo, se zanja definitivamente toda duda que pudiese aún persistir al respecto.

El Código Civil de Portugal es así el primer código que, de conformidad con un importante sector de la doctrina, establece explícitamente la ilegitimidad de un acto abusivo. Agrega que el código portugués, consagra el criterio objetivo para la caracterización del abuso del derecho, al hacer referencia a la finalidad social o económica del derecho. Además apunta que a ese planteamiento adosa otro, de profunda raíz moral, como es el de la determinación de la buena fe y de las buenas costumbres como principios claves para la comprensión del abuso del derecho.²⁹

Fueyo apunta que, incuestionablemente, silenció que con dicha conducta el ejercicio de un derecho derivaba en daño o molestia a otro.³⁰

²⁸ Cfr. Fueyo Laneri. *Instituciones de derecho civil moderno*. p. 278

²⁹ Cfr. Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, p.244.

³⁰ Cfr. Fueyo: *Op .cit.*, p. 278.

II. Ordenamientos latinoamericanos americanos que consagran el abuso del derecho.

Consagramos a continuación un pequeño análisis de las legislaciones de algunos países Latinoamericanos que han aceptado e integrado en su cuerpo normativo el Abuso del Derecho. Nuestra legislación como hemos explicado latamente, no regula de forma expresa la teoría analizada, por ello que la consagración de la misma en estos países mas familiares y cercanos a nuestro ordenamiento, los cuales servirán de guía para en el futuro establecimiento tácito en nuestro país.

1) ARGENTINA

Tres son las normas del Código Civil argentino de 1869³¹ que se vinculan con el abuso del derecho, una ubicada en el título de los actos ilícitos (el artículo 1071) y dos en el dominio (artículos 2513 y 2514). La casi totalidad de la doctrina argentina interpretaba que esos dispositivos vedaban la aplicación de la teoría del abuso del derecho, en especial por lo categórico del artículo 1071, al afirmar que: “El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”.³²

Sin embargo, es importante anotar que, no faltaron algunos comentaristas del código de 1869 que han opinado de manera diferente. Según éstos el abuso del derecho no estuvo excluido de este cuerpo legal por lo que era viable recurrir a esta teoría para controlar los excesos cometidos en el ejercicio de los derechos subjetivos.³³

La Ley 17. 711 de 1968 modificó el artículo 1071 agregándole un inciso que condena el abuso del derecho. El nuevo artículo tiene el siguiente texto: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. Esta innovadora concepción del derecho alcanzó también otros artículos que ostentaban en el Código de

³¹ Su autor fue Dalmacio Vélez Sarsfield

³² Cfr. Moisset de Espanés, Luis: *El abuso del derecho*, p.10, www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf

³³ Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, p. 256.

Vélez un texto de corte exageradamente individualista, como era el caso del 2513. Este último, en su texto antiguo, permitía al propietario de una cosa “desnaturalizarla, degradarla o destruirla”, de donde su voluntad era decisiva, sin tener en mínima consideración los perjuicios que dicho comportamiento pudiera ocasionar a intereses ajenos o a la colectividad en general. El nuevo texto, que acoge un renovado espíritu, establece en cambio que “es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer de o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular”. Este artículo se halla en concordancia con el nuevo artículo 2514, según el cual “el ejercicio de estas facultades no puede ser restringido, en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades.”³⁴

Borda señala que la reforma de 1968, no sólo implicó un cambio de filosofía del código Argentino, sino también su modernización, con la incorporación de numerosas instituciones.

Agrega, en relación al abuso del derecho, que el código reformado es prolijo, y además establece expresamente las pautas en base a las cuales debe considerarse que un derecho ha sido ejercido abusivamente.

Señala que la prolijidad se debe a que era necesario rebatir enérgicamente el repudio de la Teoría del abuso del derecho hecho por Vélez Sarsfield, en su código originario.³⁵

La reforma del artículo 1071 se inspira, aparte de los fundamentos doctrinarios en que se Apoya, tanto en el texto del artículo 2 del Código Civil suizo de 1907 anteriormente citado, como en aquel del Proyecto franco-italiano del Código de las obligaciones de 1929. Del primero recoge el principio de que la ley no ampara el abuso del derecho y, del segundo, tanto la idea del exceso en el ejercicio del derecho y de la existencia de ciertos límites determinados por los criterios de la función o finalidad para la cual el derecho ha sido creado, como el vincular el principio de la buena fe con el abuso del derecho. Sin embargo, el artículo bajo comentario, con acierto, incluye también el criterio derivado de la moral y las buenas costumbres.³⁶

³⁴ *Ibidem.*, pp. 264-265.

³⁵ Cfr. Borda: *El abuso del derecho*, p. 16.

³⁶ Cfr. Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, p. 265.

Luis Moisset señala que para caracterizar la conducta abusiva se ha adoptado un criterio Finalista, con el agregado de pautas que hacen referencia a las nociones de buena fe, moral y buenas costumbres, directivas generales que servirán para interpretar la conducta del titular en todos los casos, incluso con relación al dominio, donde el artículo 2514 establece que el ejercicio de las facultades que emergen de ese derecho no puede ser restringido “en tanto no fuere abusivo”.

Apunta además, que si bien es cierto el acto abusivo suele ser ilícito, no se requiere Indispensablemente que estén presentes en todos los casos el dolo y la culpa, si no que basta con que el acto exceda objetivamente los límites fijados por el artículo 1071. Si la figura se redujese a las hipótesis de actos ilícitos, sería totalmente inútil, pues la ilicitud fue siempre sancionada por nuestro ordenamiento jurídico; el aporte del nuevo texto, es el de brindar un arma a la justicia para enmendar los efectos de una conducta dañosa, que sin caer en el campo de lo ilícito, vulnera los fines perseguidos por la ley.³⁷

2) PERU.

La legislación Peruana ha considerado a la teoría del Abuso del Derecho, en su mayor plenitud, siendo el primer ordenamiento jurídico, que dio cabida expresamente en su legislación a nivel Latinoamericano, encontrando la definición de la misma teoría incluso en la página web del poder judicial, definiéndola como la *“figura por la cual, se ejerce un derecho fuera de la finalidad económica social para la que fue concebido, atropellando un interés legítimo, aun no protegido jurídicamente. Cuando el titular de un derecho lo ejercita con el fin de dañar a otro, no con el fin de beneficiarse. El nombre de la figura está mal dado, ya que el derecho no abusa, sino el abuso se configura por su ejercicio abusivo. La norma está hecha para regular la conducta humana; pero existen otros preceptos reguladores: la buena fe, la moral, la equidad. Lo que se configura es un actuar conforme a un precepto escrito, pero ajeno a sus bases”*³⁸

En el artículo 2 del título preliminar, de el Código Civil Peruano de 1936, consagra el Abuso del Derecho, artículo que ha sufrido variadas modificaciones a lo largo de los

³⁷ Cfr. Moisset de Espanés: Luis, *El abuso del derecho*, pp. 14-15

³⁸ Poder Judicial del Perú, Definiciones, Abuso del Derecho. (Fecha Consulta: 8 de Mayo 2012)

años; señala Fernández Sasserego en relación al cuerpo normativo (fuente inmediata fueron los Códigos Civiles Alemán de 1900, suizo de 1907 y brasileño de 1916), que fue un acierto implementar dicho artículo la teoría del abuso del derecho, teniendo el honor este Código, de ser el primer cuerpo legal Latinoamericano que sanciona directamente el ejercicio abuso de derecho, al establecer en su artículo hoy derogado, que la ley no amparada la teoría del Abuso del Derecho.

Sostiene además dicho autor, que el código civil peruano de 1984, mantiene lo establecido en el artículo segundo del anterior Código, añadiendo a dicha afirmación una gran novedad, concordando a los nuevos parámetros sobre la tutela de los derechos, lo que permite incluir medidas necesarias para impedir o a lo menos disminuir el ejercicio abusivo de un derecho y con ello además consagra medios que permitan reparar el mal ocasionado, *“La importancia de la novedad introducida en este artículo reside en que el interprete encuentra en la propia norma, debidamente enunciadas, las consecuencias derivadas del abuso del derecho. Ello hace innecesario acudir a las reglas de la responsabilidad civil para determinar los efectos derivados del acto abusivo”*³⁹

Tras la entrada en vigencia el 1 de Enero de 1993, de la ley del 4 de Marzo de 1992, que establece la reforma del Código Procesal Civil Peruano, que se ha presentado pequeños reparos al mencionado artículo 2, disponiendo en la actualidad el mismo, que la ley no ampara la omisión ni el ejercicio de un acto abusivo, agregando además que al demandar la víctima la correspondiente indemnización, puede solicitar las medidas cautelares que sean apropiadas para evitar tal abuso. Con ello podemos dilucidar que el artículo referido, solo se hace referencia a la posibilidad de reiteración del acto abusivo, sin con hacer mención expresa a la prevención del mismo, como si lo hace el codificar peruano. El cuerpo normativo de 1984, como hemos establecido, permite disponer al juez de las medidas que sean necesarias para impedir de esta forma cualquier abuso aun cuando no se haya concretado daño alguno.

Fueyo, argumenta resaltando, la elección del mejor lugar para el tratamiento de la teoría del Abuso del Derecho, s decir, la parte general o preliminar del código, puesto

³⁹ FERNANDEZ SASSREGO, CARLOS, Ob. Cit. Pág. 289-300

generalmente se observa que la materia es tratada respecto a la responsabilidad, ya sea contractual o extracontractual, siendo tratada “... *más a menudo este último y aun a otros lugares. Es tomar el asunto por consecuencias jurídicas y no por lo que representa en su esencia*”⁴⁰

3) VENEZUELA.

Data de 1942 del Código Civil Venezolano, posteriormente modificado en 1982, respecto del título de los hechos ilícitos, agregando a la norma general, la obligación de reparar el daño que es obtenido como consecuencia de negligencia, imprudencia o intención del sujeto que ejerce un derecho determinado, consagrandose en el inciso 2 del artículo 1185, que se deberá resarcir el daño quien lo haya causado, al actuar extralimitándose de los márgenes establecidos en base a la buena fe, para su derecho.

Como expresa el artículo 1185, que es un deber para quien ha ocasionado un determinado daño contra un tercero, la reparación de mismo, cuando ello ha sido en consecuencia de un ejercicio abuso de su derecho en relación a las limitantes del mismo; límite establecido ya sea por la buena fe o por el objeto propio de cada derecho, debiendo señalar además que la referida expresión *exceso*, respecto del Abuso del Derecho ha sido bastante discutida por la doctrina Venezolana, debiendo interpretarse tal concepto, según lo establecido en el cuerpo establecidos, según nos dice Sessarego, para quien es evidente que los derechos subjetivos poseen márgenes externos, en relación al principio genérico de la buena fe y que los internos, son resguardados en base a la función o finalidad que el legislador regulo para cada derecho, puesto que para el autor: *es evidente que quien actúa su derecho en contraste con aquellos límites está abusando de la facultad que, dentro de un contexto u horizonte social, le concede el ordenamiento positivo.*⁴¹

Señalándonos de esta forma, Fernando Fueyo, que solo bajo la teoría del abuso del derecho de daños se ha realizado un tratamiento de materia, mientras que este es solamente uno de los posibles efectos.

⁴⁰ FUEYO LANERI, FERNANDO. Ob. Cit. Pág. 280

⁴¹ FERNANDEZ SASSREGO, CARLOS, Ob. Cit. Pág. 276

4) BRAZIL

El Código Civil de Brasil en su artículo 187 ubicado en la Parte General en el título que regula los actos ilícitos prescribe: “También comete acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe o por las buenas costumbres”.⁴²

El texto se inspira en el contenido en el artículo 334 del Código Civil de Portugal de 1967, analizado anteriormente, con el cual, como se puede apreciar, guarda mucha semejanza.⁴³

Fernández señala que el referido artículo, de acuerdo con la nueva tendencia que se abre camino en la doctrina jurídica contemporánea, considera, sin más, que el acto abusivo participa de la naturaleza del acto ilícito. La declaración es tajante, por lo que supera definitivamente la corriente de pensamiento, de cuño individualista que, de acuerdo con la tradición, persiste en situarlo dentro del ámbito de la licitud.

Agrega en relación al artículo 187, que éste no recoge el criterio subjetivista, que aún continúa presente en los recientes Códigos Civiles de Bolivia de 1976 y de Paraguay de 1987. En efecto, no se alude dentro de su texto a la intención de dañar de parte del titular del derecho.

Sólo se contemplan criterios objetivos, referidos a la conducta intersubjetiva del agente, como son los relacionados con la moral, bajo la expresión buenas costumbres, a la buena fe y al destino o finalidad socio- económica propia de cada derecho.⁴⁴

Relacionado con el artículo anterior, y en el mismo título encontramos el artículo 188 que excluye la ilicitud en ciertos casos. Dicho artículo dispone: “No constituyen actos ilícitos I- Los practicados en legítima defensa o en el ejercicio regular de un derecho reconocido”.⁴⁵

⁴² La traducción es nuestra. El texto original dispone: Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes

⁴³ Cfr. Fernández: *Op. cit.*, p. 274.

⁴⁴ Cfr. Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, pp. 274-275.

⁴⁵ La traducción es nuestra. El artículo original prescribe: Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido

5) PARAGUAY

En el Código Civil de Paraguay, de 1985, en una sección bajo el nombre “Del Ejercicio de los derechos”, que está dentro del Libro Segundo, “De los Hechos y Actos Jurídicos y de las Obligaciones”, se encuentra el artículo 372 que dispone: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente”.⁴⁶

El mencionado artículo 372, al declarar que la ley no ampara el abuso del derecho, establece dos criterios para su caracterización. El primero de ellos es subjetivo y se refiere a la intención del agente de causar daño sin provecho propio, y el segundo, de carácter objetivo, señala que los derechos deben ejercerse según la finalidad o función socio-económica propia que el legislador les asignó. El codificador adhiere, de este modo, a una fórmula ecléctica, conservando el criterio subjetivo prácticamente dejado de lado por la doctrina y la codificación contemporáneas.⁴⁷

A juicio de Fueyo el abuso del derecho está tratado bajo un nombre adecuado al contenido de la materia: lo abusivo es el ejercicio y no el derecho. Por eso dentro del género “ejercicio de los derechos” se contempla acertadamente la hipótesis del ejercicio abusivo de los derechos. Sin embargo, el ejercicio abusivo de los derechos, no debió ubicarse dentro de un libro substantivo y especial, esto es, el de los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones. El lugar, pues, fue mal elegido. Debíó preferirse una Introducción o Título Preliminar.⁴⁸

6) BOLIVIA

⁴⁶ Código Civil de Paraguay:
www.leyes.com.py/rubros/constitucion_codigos_convenios/codigos/Codigo_civil/LibroII/II_tituloI.html

⁴⁷ Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, pp. 279-280.

⁴⁸ Fueyo Laneri: *Instituciones de derecho civil moderno*, pp. 277-278.

En el Código Civil boliviano vigente desde el 2 abril de 1976, se acoge a través de dos disposiciones el principio del abuso del derecho. En el Título Preliminar “Del ejercicio, protección y extinción de los derechos”, se sitúa el artículo 1279 con el siguiente texto: “Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a su naturaleza y contenido específico, que se deducen por las disposiciones del ordenamiento jurídico, las reglas de la buena fe y el destino económico-social de esos derechos y deberes”. No se trata de un numeral destinado expresamente a sancionar el abuso del derecho desde que no contiene ninguna prescripción prohibitiva o manifiesta, de modo explícito, que la ley no lo ampara.

El artículo 107 del mencionado Código Civil, bajo el rubro del abuso del derecho, prescribe: “El propietario no puede realizar actos con el único propósito de perjudicar o de ocasionar molestias a otros, y en general, no le está permitido ejercer su derecho en forma contraria al fin económico o social en vista al cual se ha conferido el derecho”. En este numeral, al contrario de lo que ocurre con el citado anteriormente, se alude de modo expreso a la figura del abuso del derecho y, en lugar de constituir un enunciado genérico, como lo es el artículo 1279, contiene una concreta prohibición.⁴⁹

7) GUATEMALA

El Código Civil guatemalteco de 1964 en el Título VII de las Obligaciones que proceden de hechos y actos ilícitos, regula en su artículo 1653 el abuso del derecho, sin mencionarlo expresamente. Dicho artículo dispone textualmente: “El exceso y mala fe en el ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo, que cause daños o perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos”⁵⁰. Este numeral, como se advierte, obliga al titular a reparar los daños o perjuicios causados a otro en el ejercicio abusivo de un derecho cuando éste se excede en dicho ejercicio o actúa de mala fe. Así en el texto del citado artículo se combinan el tradicional concepto de exceso con el

⁴⁹ Fernández Sessarego: *Op. cit.*, pp. 276-278.

⁵⁰ Código Civil de Guatemala: www.mintrabajo.gob.gt/varios/compendio_leyes/codigo_civil

principio de la buena fe, mediante el cual se introduce un ingrediente moral como criterio para juzgar la presencia del acto abusivo.⁵¹

Además de la norma recién citada, encontramos en el Código Civil de Guatemala, en el Título II de la propiedad, el artículo 465, que incluye la temática del abuso del derecho. Esta norma prescribe: “El propietario, en ejercicio de su derecho, no puede realizar actos que causen perjuicio a otras personas y especialmente en sus trabajos de explotación industrial, está obligado a abstenerse de todo exceso lesivo a la propiedad del vecino”.⁵²

⁵¹ Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, pp. 285-286.

⁵² Código Civil de Guatemala.

Capítulo cuarto: Análisis Jurisprudencial

Comenzaremos la primera parte con sentencias que siguen la postura doctrinal y jurisprudencial dominante, esto es, que el abuso del derecho es un ilícito civil generador de responsabilidad extracontractual. En la segunda parte veremos sentencias de otras materias en las cuales el abuso del derecho ha sido utilizado como fundamento de las acciones interpuestas.

Hacemos la prevención que las sentencias que incluimos en el análisis no son las únicas que tratan la materia. Nos inclinamos, por la extensión de la presente investigación, por aquellas más representativas e ilustrativas de las posiciones sustentadas.

I. El abuso del derecho y la responsabilidad extracontractual.

Nuestro análisis comenzará agrupando sentencias antiguas recaídas sobre demandas de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual, en las cuales no se menciona expresamente la figura del abuso del derecho, de las cuales se desprende, sin embargo, que se trata de situaciones que hoy en día se ajustan a esta figura.

Revisaremos en primer lugar una interesante sentencia de la Corte Suprema, del 15 de noviembre de 1927⁵³. Wessel, Duval y Cía. demandan a don Eugenio Errázuriz. Éste último compró uno de los coches que comercializan los primeros (automóviles Paige). El coche no tuvo desperfecto serio alguno, y de los que se quejó el comprador se le atendió; pero la casa vendedora no se allanó a exageradas exigencias del comprador, por lo que éste les amenazó y así lo hizo, con el desprestigio público de los automóviles Paige, sirviéndose del pretexto de que pedía en los diarios propuestas para la compra de su coche. Como los hechos referidos constituyen delitos civiles que exigen reparación, piden que se declare al demandado Errázuriz obligado a indemnizarles.

Don Eugenio Errázuriz contesta que el automóvil vendido por la demandante tuvo tantos defectos e inconvenientes para su uso que la misma casa vendedora nunca pudo

⁵³ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 25, 2ª parte, sección 1ª, p. 501.

subsanarlo, por lo que propuso su devolución con el descuento de un 50%, y como no consiguió arreglo alguno, lo vendió en la tercera parte del precio en que lo adquiriera. Señala que sí publicó para el efecto avisos que pudieran menoscabar el crédito o buen concepto público de la marca automóvil Paige. Sostiene que los procedimientos observados para enajenar el auto no importan un hecho ilícito, agregando que la imputación a que se atribuye daño era verdadera, por todo lo cual pide que se niegue lugar a la demanda.

La sentencia de primera instancia negó lugar a la demanda interpuesta. Apelada esta sentencia, fue revocada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Esta Corte llegó a dicha decisión, entre otras, por las consideraciones siguientes. Considerando sexto: “Que dada la naturaleza de la demanda, consistente en atribuirse a hechos del demandado los daños que los demandantes cobran, corresponde determinar, primeramente, si el demandado ha tenido o no el derecho de ejecutar tales hechos y si es o no aceptable su defensa, que considera que, al publicar los avisos de que se trata, ejercitaba su derecho de propietario de su automóvil, ofreciéndolo en términos de atraer la atención, sin engañar sobre sus malas cualidades”. Considerando onceavo: “Que de lo expuesto en los precedentes considerandos, se deduce que el demandado no se ha limitado al ejercicio del derecho que como dueño le competía de ofrecer, en venta o permuta, una cosa de su dominio, atrayendo sobre ella la atención, como en la contestación se sostiene, valiéndose al efecto, de impresos de los cuales pudo a la vez informar al público de los defectos reales del automóvil; porque la imputación del engaño que contiene el tercer aviso y que no ha sido de ningún modo justificada, era un acto extraño a los derechos de dueño”. Considerando treceavo: “Que no habiendo constituido los hechos en referencia, el ejercicio de un derecho protegido por la ley, su carácter de civilmente ilícitos lo determina el daño inferido a otro, aún en el supuesto que este efecto hubiese sido ajeno a la intención del autor conforme lo prescrito en los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, según los cuales, se responde no sólo del daño inferido maliciosamente sino también del causado por mera negligencia, o sea por no haber previsto las consecuencias dañosas del acto”. Contra este último fallo don Eugenio Errázuriz interpuso los recursos de casación en la forma y en el fondo. Ambos fueron declarados sin lugar.

La sentencia anteriormente citada, a pesar de que no menciona la expresión abuso del derecho, nos parece un caso claro de esta figura, ya que como lo señalan los considerandos recién transcritos, los actos realizados por el demandado no pueden ser amparados por el derecho de propiedad sobre el vehículo, esto porque claramente exceden las facultades otorgadas por el ordenamiento a este derecho, y provocan un daño que debe ser reparado. Lamentablemente, el hecho de que el abuso del derecho sea considerado una especie de acto ilícito, al cual se le aplican las reglas que rigen la responsabilidad extracontractual, sólo permite accionar cuando el daño está hecho, no pudiendo prevenir el daño, ni paralizar los actos dañosos.

En segundo lugar, revisaremos una sentencia de la Corte de Santiago de 11 de enero de 1908⁵⁴, en la cual es acogida la indemnización, por imputársele negligencia al demandado. La Sociedad Fuschs y Plath, entablan demanda en contra del Fisco. Esto porque en el marco de una huelga general de la gente de trabajo, que derivó en una grave perturbación del orden público, ataques a la propiedad particular, incendios de valiosos edificios y saqueos de todo género y en vista de que la turba se había adueñado de una fuerte partida de cerveza que la Compañía de Cervecerías Unidas tenía también depositadas en el malecón, la autoridad ordenó que se arrojara al mar toda la antedicha partida de cerveza perteneciente a Fuschs y Plath. Habiéndose practicado algunas gestiones por el exponente en orden a obtener la indemnización correspondiente por la vía administrativa, el Supremo gobierno expidió el decreto número 618, de 2 de abril de 1906, por el cual se disponía pagar a Fuschs y Plath la cantidad de \$ 3000.

Pero habiendo el tribunal de cuentas resistídose a tomar razón de este decreto, por cuanto se atribuía al pago decretado una causa distinta de la constaba de los antecedentes, se le dejó sin efecto por un nuevo decreto. En esta virtud, viene a entablar demanda contra el Fisco, a fin de que se declare, que debe indemnizar el daño causado. La demanda es acogida por el tribunal de primera instancia. Entre sus consideraciones se

⁵⁴ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 5, 2ª parte, sección 2ª, p. 55. En el mismo sentido Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 3, 2ª parte, sección primera, p. 60.

encuentra el considerando segundo el cual señala: “Que aparece asimismo de los autos que tal daño ha podido imputarse a negligencia de las personas encargadas de resguardar y mantener el orden público”. Apelada esta sentencia, es confirmada por la Corte de Santiago. Destaca dentro de sus considerandos, el cuarto que dispone: “Que el deber de la autoridad de mantener ante todo el orden público, no lo faculta para adoptar el primer medio que se le presente, ni la exime de la obligación de recurrir entre varios, a los que menos daño ocasionen al derecho de los particulares”. También el quinto, el cual expresa: “Que no se ha establecido en forma alguna que arrojar al agua cerveza de los demandantes fuese el medio necesario y único de impedir su apropiación por los huelguistas y los excesos a ella consiguientes; y, por el contrario, las circunstancias de haberse verificado esa operación en dos días diferentes y de no explicarse por qué la cerveza no pudo ser guardada en bodegas u otros lugares adecuados, contribuyen a formar la presunción de que no fue aquel el último y supremo arbitrio a que ha debido recurrirse”.

En ambos fallos citados anteriormente, las demandas han sido acogidas por los tribunales. Esto porque los demandados se han excedido al ejercer sus derechos. Sin embargo existen casos donde las demandas han sido denegadas. Esto ocurre entre otras causas, cuando la situación se encuadra en el ejercicio legítimo de un derecho. Es así, por ejemplo, cuando el funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, ordena el inventario y la retención de las especies y existencias de una fábrica de alcoholes o destilería industrial, por imputársele destilaciones clandestinas y otras incorrecciones⁵⁵. También cuando el demandado entrega a la policía en calidad de aparecidos animales del demandante, que se introducen a su predio. Esto lo deja claro el considerando quinto de la sentencia al expresar: “Que en todo caso el demandado estaba en su derecho haciendo entrega de los animales al comandante de policía para que aplicándose al dueño de ellos la pena que corresponde por ordenanza y por el artículo 497 del Código Penal se evitase la repetición del hecho”⁵⁶. O el acreedor que lleva adelante el procedimiento de apremio

⁵⁵ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 12, 2ª parte, sección 1ª, p. 410.

⁵⁶ Gaceta, año 1881, sentencia 294, p. 189.

amparado en que la ley lo faculta para hacerlo, cuando existe una tercería de dominio que no se funda en un instrumento público otorgado con anterioridad a la ejecución.⁵⁷

Seguiremos nuestro análisis con sentencias de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual. Sin embargo en estos casos, a diferencia de los anteriormente analizados, sí se hace mención expresa de la figura del abuso del derecho.

Iniciaremos el análisis en esta parte, con una sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 11 de diciembre del 2002⁵⁸. Los hechos que motivaron la demanda se fundan en que el demandante, Danko Stjepovic, adulteró el nombre en una prueba acumulativa del laboratorio de física borrando el de quien verdaderamente la rindió, colocando el suyo, lo que motivó un sumario interno que, en primera instancia, le aplicó la medida de suspensión por un semestre académico. El alumno presentó una apelación ante la Honorable Junta Directiva de la universidad, la que revocó la sanción aplicada, reemplazándola por la de la expulsión de la universidad, decisión revertida por la Corte Suprema al acoger el recurso de protección interpuesto por el actor y mantener la medida de suspensión.

Posteriormente el alumno don Danko Stjepovic interpuso una demanda de indemnización de perjuicios por daño moral contra la Universidad de Antofagasta la que fue acogida por el tribunal de primera instancia y, apelada fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta. Los sentenciadores fundaron su decisión en que con la publicidad que se dio al hecho de la expulsión y su posterior revocación, se puso en duda su seriedad y honestidad ante toda la comunidad lo que significaría un atentado contra su reputación y honor. La Corte de Apelaciones de Antofagasta en su considerando primero en relación al abuso del derecho señala: “Que tal como ha razonado la sentenciadora de primer grado en su reflexión duodécima, el abuso del derecho que perjudica a otro es fuente de responsabilidad cuasi delictual civil. Éste fenómeno jurídico se ha conceptuado no sólo como el ejercicio de un derecho a objeto de obtener provecho que no corresponde, causando un daño, sino como ha señalado la jurisprudencia, configura el ejercicio de un derecho más allá de un interés jurídicamente

⁵⁷ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 35, 2ª parte, sección 1ª, p. 173.

⁵⁸ Número identificador Lexis Nexis 3/ 355

amparado por las normas legales vigentes, de tal forma que quebrándose la interrelación entre las prestaciones una sea más gravosa que otra; dicho de otra forma, quien abusa del derecho, extiende el interés más allá de sus límites, existiendo sólo una apariencia de derecho”.

Contra la sentencia de la Corte de Apelaciones la demandada, Universidad de Antofagasta, deduce recurso de casación en el fondo. La Corte Suprema acoge el recurso de casación interpuesto, y señala en el considerando primero que (...) no se puede alegar daño alguno como consecuencia de las publicaciones aparecidas en la prensa de Antofagasta, ya que (...) fue el propio actor quien dio publicidad al hecho al conceder una entrevista a un reportero del diario local. Agrega en el considerando sexto: “Que el ejercicio de un derecho debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo y que no cause daño o perjuicios a otra persona. En consecuencia, habrá abuso del derecho cuando el contenido de la acción cause un daño patrimonial al tercero, « ya que si tal no ocurre no puede hablarse de un acto abusivo meramente formal. El abuso, en general, es un acto calificado por el resultado y la teoría en que se sustenta está apoyada en un principio fundamental de responsabilidad » (El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial, autor don Pablo Rodríguez Grez, Ed. Jurídica, pág. 84), o sea, en el ejercicio doloso o culposo de un derecho”. Concluye la Corte Suprema que los jueces recurridos han vulnerado los artículos 2314 y 2329 del Código Civil al aplicarlos a una situación de hecho ajena a las prevista en las aludidas normas, toda vez que, existiendo un perjuicio, este no es atribuible a la demandada sino a la propia conducta del actor.

En segundo lugar revisaremos una sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique de fecha 9 de mayo de 1997⁵⁹. La parte demandante, doña Doraliza Águila solicita que se revoque la sentencia en alzada, en cuanto no dio lugar a la demanda intentada, se acoja ésta y declare que la demandada Almacenes Brautigam actuó con culpa al ejecutar a la demandante, sin existir título ejecutivo, ni causa o motivo legal que justificara la ejecución.

La Corte de Apelaciones en su considerando tercero señala: “Que la doctrina y jurisprudencia ha determinado que la responsabilidad cuasi delictual civil no sólo

⁵⁹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 95, 2ª parte, sección 1ª, p. 57.

proviene de hechos materiales que cometidos con culpa dañen a otro sino también puede originarse del ejercicio de un derecho cuando éste se realiza en forma abusiva y causa daño. De esta manera el abuso de un derecho, que perjudica a otro, es fuente de responsabilidad cuasi delictual civil y ello porque los derechos según establece un autor, «son facultades que la ley otorga a un individuo; pero no para que los utilice a su antojo, sino para realizar determinados fines». «Los derechos, a más de su aspecto individual, tienen una finalidad social que llenar, de la que su titular no puede prescindir. Deben pues, ejercerse de acuerdo con los fines para que hayan sido otorgados. Quien prescinde de estos fines y los utiliza en otros diversos de aquellos que legitimaron su existencia, quien los desvía de la misión social a que están destinados, abusa de ellos y si causa un daño debe indemnizarlo». Se ha señalado, asimismo, que no admitir el abuso del derecho como fuente de responsabilidad importaría restringir ésta en forma considerable y según Colín y Capitant, «todo acto del hombre que la ley no prohíbe de un modo expreso, constituye el ejercicio de un derecho y es precisamente al utilizar sus facultades cuando aquél suele dañar a otro. Negar entonces la reparación sería reducir la responsabilidad civil a los únicos casos en que el acto esté prohibido por la ley y éstos son los menos». Además, como lo señala el profesor Arturo Alessandri Rodríguez, las acciones y los recursos legales deben intentarse seriamente y existirá abuso de derecho cuando su titular lo ejerza culpablemente, sin la diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos o negocios propios; el hombre debe hacer un uso prudente de las cosas y si ejecuta una acción sin la prudencia necesaria y con ello causa un daño, incurre en culpa extracontractual, la que no admite gradaciones, puesto que la ley habla de culpa, sin calificativo, incluyendo en ella hasta la leve”.

Se interpuso en contra del fallo de segunda instancia, recurso de casación en el fondo, el cual fue rechazado.

En las dos sentencias expuestas anteriormente existe reconocimiento del abuso del derecho. Sin embargo, siguen la postura doctrinal dominante, restringida a juicio nuestro, al considerar la figura en estudio como un ilícito civil que genera responsabilidad extracontractual.

En tercer lugar revisaremos una sentencia de indemnización de perjuicios pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago de 9 de noviembre de 1992⁶⁰, la cual confirma la sentencia de primera instancia que rechaza la acción. Las partes fueron Inmobiliaria Nacional Ltda. Con Centrobanco. El fundamento fáctico de la demanda indemnizatoria de perjuicios se hace consistir en que el demandado en un juicio hipotecario en que actuó como ejecutante, promovió dos incidentes de nulidad procesal, pretendiendo dejar sin efecto el remate de la finca hipotecada, adjudicada a la sociedad demandante, artículos que luego de una larga tramitación fueron rechazados. Dichos incidentes sólo tuvieron por objeto causar un perjuicio a los subastadores sin que los incidentitas tuvieran una causa o interés legítimo en deducirlo. La Corte en el considerando primero señala: “Que este tribunal no ve inconveniente, tomando en consideración el desarrollo que ha adquirido el tema del abuso del derecho, en aplicar sus fundamentos en aras de lograr una moralización en las relaciones jurídicas y en definitiva lograr que se obtenga justicia, cuando las contraprestaciones a que se encuentran vinculadas las partes cede en un provecho ilegítimo de una de ellas, rompiéndose de este modo el debido equilibrio que debe existir dentro de las equivalencias de las obligaciones. La doctrina, en esta materia, ha avanzado más rápido que la ley, como se ha explicado en el curso del debate que se ha producido en este juicio y en las alegaciones formuladas en estrados por los abogados de las partes. El juzgador no puede eludir el compromiso de establecer la justicia de lo discutido avanzando en la interpretación de las normas legales existentes o cumpliendo el mandato señalado en subsidio en el N° 5 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, que lo obliga a aplicar en último término los principios de equidad”. Considerando segundo: “Que en relación al abuso del derecho, se ha dicho que en Chile no se avanza desde el punto de vista jurisprudencial, de acuerdo con las actuales doctrinas sobre la materia, restringiendo su aplicación a lo que ha dicho Alessandri en cuanto a someter el principio a las normas que rigen la responsabilidad delictual y cuasi delictual civil (...) el autor limita el abuso del derecho sólo a la actuación dolosa o culpable (...). El profesor Rodríguez Grez en sus trabajos sobre “De la relatividad jurídica” y “La obligación como conducta típica” critica esta aplicación restringida y avanza en su extensión sosteniendo: “aplicando estos conceptos a la materia que nos ocupa, digamos que quien ejerce su derecho (nacido de un contrato) dolosa y

⁶⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 89, 2ª parte, sección 2ª, página 177.

culpablemente, vale decir con miras a obtener un provecho que no le corresponde causando un daño, o con descuido, negligencia o falta de la debida atención, rompe el equilibrio de las prestaciones equivalentes por un hecho posterior al contrato que lo obligará a reparar el perjuicio causado. Paralelamente quien ejerce el derecho más allá de la realización del interés jurídicamente reconocido y protegido por la norma positiva, también romperá inevitablemente la interrelación de las prestaciones, haciendo que una de ellas sea más gravosa que la otra contraviniendo la conmutatividad original”. Por último como lo señala el profesor don Fernando Fueyo Laneri en su libro “Instituciones de Derecho Civil Moderno” (Edit. Jurídica de Chile) pág. 295, hace una conclusión expresando que «El ejercicio abusivo de los derechos es un verdadero pluritema, como pocos. Se integran o pueden integrarse en él: el fraude a la ley, la teoría de la causa, la buena fe, la moral, las buenas costumbres, el orden público, el ejercicio antisocial del derecho, la interpretación e integración del a ley, la equidad y otros temas de innegable importancia en el derecho moderno...». Más adelante indica que «debe insistirse en que el principio del ejercicio abusivo de los derechos es de vastísima aplicación, abarcando desde el Derecho público hasta el Derecho Privado, tratándose de este último, comprende prácticamente todas las ramas»(...).”.

El recurso de apelación como adelantábamos anteriormente, confirmó la sentencia de primera instancia que rechazaba la demanda de indemnización de perjuicios, esto porque se excluyó alguna actuación dolosa o culpable del demandado.

Esta sentencia aunque en definitiva no acogió la demanda, resulta significativa porque, no ve inconveniente en aplicar los fundamentos del abuso del derecho y además plantea lo restringido de la hipótesis de someter al abuso del derecho a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual.

II. El abuso del derecho y otras materias.

Como veremos a continuación la materia en estudio no se restringe a la hipótesis de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual. A continuación revisaremos sentencias de otras materias, donde el abuso del derecho ha sido utilizado como fundamento.

En primer lugar, analizaremos un recurso de protección que fue acogido por la Corte de Apelaciones Presidente Pedro Aguirre Cerda, el 23 de enero de 1985⁶¹. Jaime Romagosa (en representación de su padre José Romagosa Irart) fundamenta el recurso en que el fundo El Raco, de propiedad de José Romagosa Irart, es vecino del inmueble donde funciona el Club Árabe de Tiro al Vuelo, y en distintas oportunidades los miembros del Club han efectuado prácticas de tiro en forma tal que proyectiles caen en el fundo con graves riesgos para las personas que concurren al lugar, el que está habilitado como centro turístico.

Agrega que el sábado 22 de septiembre de 1984, en circunstancias que se encontraba paseando en automóvil por caminos interiores del fundo el Raco sintió el zumbido de balas calibre 22, por lo que se dirigió de inmediato al retén de Carabineros de las Vizcachas donde denunció el hecho y solicitó que lo acompañaran a comprobarlo. Al llegar se sorprendió al miembro del Club Sr. Miguel Zerené haciendo disparos con un rifle y una pistola calibre 22 en dirección al fundo el Raco.

Relata que los actos de perturbación han continuado y que las prácticas de tiro que se efectúan son en la dirección al predio del dominio de su mandante, de modo que en éste caen las balas, cartuchos y perdigones, lo que importa actos de señorío sobre el fundo, el que no pertenece al Club Árabe ni a sus miembros.

Indica, además, que su representado proyecta construir un Parque Turístico en el lugar, proyecto que será imposible llevarlo a efecto si persisten los actos perturbadores del dominio que se ejecutan en el predio vecino.

⁶¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 82, 2ª parte, sección 5ª, p. 67.

Conociendo del recurso, la Corte en el considerando onceavo señaló: “Que resta por analizar si esta perturbación, o amenaza se debe a actos arbitrarios o ilegales. En opinión de los sentenciadores la respuesta no puede ser sino que afirmativa, ya que si bien es cierto que el acto de disparar en forma deportiva es en principio y en sí mismo legítimo, no es menos cierto que este proceder se transforma en arbitrario o ilegal desde que afecta, alterando, un derecho de un tercero reconocido y garantizado por la Constitución y las leyes”.

Agrega en el considerado decimoquinto : “Que la conclusión a que se ha arribado es un principio general de nuestra legislación, cuya expresión más clara se encuentra en la antigua disposición del artículo 945 del Código Civil, hoy artículo 56 del Código de Aguas, disposición que establece: «cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resultare menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; *pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo*», y en la disposición del artículo 941 del Código de Bello. Estas disposiciones se fundan en el principio inconcuso del abuso del derecho, en virtud del cual una actuación de suyo legítima se transforma en ilegítima si altera o afecta en forma grave el derecho legítimo de un tercero. Termina en el considerando diecisieteavo estableciendo: (...) La Corte de Apelaciones adoptará las medidas que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado (...)”.

Nos parece que esta sentencia es relevante. En primer lugar, porque considera al abuso del derecho como un principio general de nuestra legislación, es decir le da una aplicación más amplia, no sólo restringida a la responsabilidad civil extracontractual. En segundo lugar porque la parte afectada logró que se paralizara el acto abusivo a través de un procedimiento rápido, lo que claramente no es posible conseguir a través de una demanda indemnizatoria de perjuicios.

Diez Schwerter ha señalado en relación a la utilización del recurso de protección con el objetivo de poner término a una situación de abuso del derecho constituye una tendencia persistente desde que se instauró esta acción tutelar. Múltiples han sido los recursos de protección interpuestos con el fin de “restablecer el imperio del derecho y asegurar la

debida protección del afectado” con los daños que origina abusar de un derecho. Cuando son acogidos, nuestros tribunales superiores adoptan las más variadas medidas tendientes a lograr dichos fines. Muchas de ellas constituyen reparaciones en especie de esos perjuicios.

Continúa Diez Schwerter señalando que utilizar el camino del recurso de protección presenta un gran atractivo para los ofendidos: se tramita y resuelve con una celeridad que no presenta la otra vía posible, es decir el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual que se entiende surgir del abuso del derecho y que debe ser tramitada en un juicio ordinario o, en el mejor de los casos, sumario. Unido a ello la Constitución establece que la interposición del aludido recurso es “sin perjuicio de los demás derechos que (el afectado) pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes” (artículo 20), “derechos” entre los cuales se encuentra el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual⁶²

En segundo lugar revisaremos una acción de retrocesión, que fue acogida por la Corte de Apelaciones de Santiago el 10 de noviembre de 1981. En ella Antonio Molfino Chiorrini Alveti, en representación de doña Julia Chiorrini Alveti, ha deducido demanda en contra de la Corporación de la Reforma Agraria, para que se declare irrevocablemente extinguida la facultad que tenía la demandada para expropiar el inmueble que se individualiza, por no haber efectuado la Corporación la asignación del predio rústico expropiado, dentro del plazo fatal de 3 años (artículo 67 de la ley 16640); la señalada declaración pedida trae también consigo que por la vía de la “retrocesión” las cosas se retrotraen a su estado anterior, produciéndose por una parte la restitución del bien expropiado y por la otra, la devolución de la indemnización percibida. En subsidio solicita que el acto sea declarado ilegal, cobrándose el daño patrimonial efectivamente producido. Subsidiariamente a las dos anteriores, pide que se declare nula la expropiación, por carecer de causa real o lícita.

⁶² Diez Schwerter, José Luis: *El Daño Extracontractual Jurisprudencia y Doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 39-40.

Conociendo de la demanda, la Corte señaló en sus considerandos más relevantes lo siguiente: Considerando octavo: “Que el concepto de expropiación afecta directamente al dominio, que de acuerdo con el artículo 582 del Código Civil «es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno». La norma recién copiada presenta una fisonomía muy definida en el campo social y jurídico, pero se advierte en ella que se eliminó el derecho de abusar de la propiedad, el *«jus abutendi»* del derecho romano, fijándosele el límite de la ley y del derecho ajeno. (...) En el proceso evolutivo la propiedad fue primero colectiva del clan, pasó después a ser familiar, para transformarse en propiedad individual. Pero conviene poner de relieve lo que anotan los hermanos Mazeaud: «El derecho de propiedad, concebido como un derecho puramente egoísta, no puede ser sino condenado. Si el derecho de propiedad debe ser individual, su ejercicio debe ser social; es decir, que el propietario tiene el deber de tomar en cuenta el interés de los demás». Y ese es el criterio incorporado por influencia francesa en nuestra legislación. De ahí que el absolutismo de la propiedad individual tenga una cortapisa en el sentido que subrayan los civilistas franceses: «No siendo contra ley o contra derecho ajeno».

El absolutismo anotado, que caracteriza al derecho de propiedad, tiene limitaciones que son de excepción y, por lo tanto expresas, y que se encuentran establecidas en la Carta Fundamental y en leyes especiales; y refiriéndose al derecho ajeno, abarcan todas las normas del derecho sustantivo (...). Considerando décimo: “(...) la retrocesión o retroversión se ha definido como «la restitución del objeto expropiado a su primitivo dueño, por incumplimiento del fin que justificaba la expropiación, quedando ella sin efecto, restituyéndose la indemnización recibida». (...) De no aceptarse la retrocesión también se corre el riesgo de caer en el abuso del derecho, pues el Estado actúa en la expropiación en obediencia a una facultad legal condicionada. De esta manera, al no cumplirse las finalidades señaladas en la Ley y destinarse a otros fines los bienes expropiados, se está invadiendo el terreno del abuso del derecho, actitud que no se compadece con el sistema político y económico imperante en nuestro país (...).”

Nos parece adecuada la resolución de la Corte, esto por cuanto, sanciona el abuso del derecho cometido, en este caso, con la retrocesión. De esta forma impide que quede

impune una situación en la cual hubo una desviación e incumplimiento de las finalidades establecidas en la ley.

Finalmente, revisaremos una sentencia que acoge una demanda de precario, pronunciada por el Cuarto Juzgado de Letras de Arica, el 18 de noviembre de 2004⁶³. En esta causa don Américo Francisco Truffa Fernández y don Carlos Mozo Wegelin deducen demanda de precario en contra de don Fernando Antonio Guerrero Álvarez. Fundan su demanda en la ocupación que este último hace del predio que es de propiedad de sus representados, denominado “Las Ánimas”, tenencia que el demandado ejerce sin previo contrato y por ignorancia y sin tolerancia de los dueños del predio. El demandado señala que efectivamente ocupa el inmueble, pero tal ocupación proviene de un título legítimo, a saber, su calidad de dueño de las pertenencias mineras de explotación denominadas “Las Ánimas” que cubren el predio *sub litem*.

Es importante anotar que en la propiedad materia de este juicio el demandado desarrolla exclusivamente labores agrícolas, teniendo incluso medieros que lo ayudan a tal explotación agraria, estando limitada la “explotación minera” que dice desarrollar en el inmueble a un sector de mínimas extensiones.

En el considerando decimoséptimo el juez señala: “(...) La constitución de una propiedad minera no habilita a su titular para ingresar a un predio ajeno –cerrado y cultivado, como ocurrió en la especie- a realizar cualquier actividad, y aprovecharse del predio superficial en la forma que le parezca, sino que sólo le concede la facultad de ingresar a él para los efectos que son propios de la exploración y explotación de sustancias minerales concesibles, y siempre sujeto a la necesidad de obtener el permiso del dueño de predio o de la Justicia en subsidio, y de indemnizar a aquél por los perjuicios que se causen con esas actividades y con las servidumbres que haya de constituir con el fin de desarrollar las labores mineras que pretende”.

Agrega en el considerando decimoctavo: “Que ya es posible advertir de lo que hasta aquí se ha reflexionado, que el ejercicio que el demandado hace de las facultades derivadas de

⁶³ Número identificador Lexis Nexis 33969

su propiedad minera en el predio *sub litem* no corresponde ni remotamente al legítimo uso que un propietario de una pertenencia minera puede hacer de sus facultades de tal. (...) No es necesario un ejercicio intelectual demasiado arduo para darse cuenta que la conducta que el demandado ha mantenido sobre el particular se entronca, entonces, claramente con la Teoría del Abuso Derecho”. Continúa señalando en el considerando decimonoveno: “Que desde luego, no divisa el tribunal inconveniente en aplicar a los hechos materia de esta litis la señalada teoría, en aras de lograr una moralización de las relaciones jurídicas y en definitiva lograr la justicia, que es el fin último del Derecho. La doctrina especialmente la extranjera está de acuerdo en sostener que incurre en abuso del derecho quien de manera arbitraria y caprichosa realiza un ejercicio indebido, excesivo o injusto de su derecho y con ello amenaza, perturba o priva los legítimos derechos de terceros. Podrá existir abuso del derecho, entonces, no sólo cuando se exceda o violente la norma, sino también cuando el titular de un derecho lo realiza o ejercita vulnerando el espíritu o fines generales del ordenamiento jurídico. (...) En nuestro país numerosos son los autores que han estudiado el tema, y de ellos cabe destacar al recordado profesor don Fernando Fueyo Laneri, preclaro jurista que se caracterizó siempre por su apertura intelectual a las nuevas ideas. Decía el ilustre maestro, a propósito de este tema «el ejercicio abusivo de los derechos es un verdadero pluritema, como pocos. Se integran o pueden integrarse en él el fraude a la ley, la teoría del a causa, la buena fe, la moral, las buenas costumbres, el orden público, el ejercicio antisocial del derecho, la interpretación e integración de la ley, la equidad y otros temas de innegable importancia en el derecho moderno». Enseñaba el profesor Fueyo que el abuso del derecho queda configurado cuando el titular lo ejerce con dolo, culpa o negligencia; cuando lo usa de una manera irrazonable, excesiva o extravagante; o sin necesidad o interés legítimos; o en forma irregular o agravante; o causa un perjuicio inmotivado; o tiene intención de perjudicar, o se le ejerce de una manera contraria a la moral, a las buenas costumbres o a la mala fe; o más allá de la necesidad determinada por su destino individual; o cuando se lo desvía de los fines de la institución (...) En fin –decía don Fernando- las posibilidades de ejercer abusivamente el derecho son casi infinitas. Con todo, la propuesta no ha sido aceptada de manera pacífica, principalmente por los juristas de corte liberal que ven en la Teoría del Abuso del Derecho un atentado contra las libertades individuales. No comparte este juzgador esas aprehensiones. No cree el tribunal justificados los temores de quienes

piensan que esta facultad de restringir o no amparar el ejercicio abusivo de los derechos, en manos de los jueces, pueda convertirse en un instrumento de inseguridad jurídica y en una manera de negar a las personas los derechos que la ley les reconoce. Además, los jueces no pueden proceder arbitrariamente; están unidos por la disciplina del cuerpo y por la jerarquía de su organización. Y cuando los Tribunales Superiores niegan licitud a la conducta de una persona que ha ejercido un derecho reconocido por la ley, declarando que ha habido abuso, será porque su dignidad de magistrados y su sentido moral les imponen necesariamente esa solución. Es muy elocuente la prudencia con que los jueces del mundo entero han usado este poder; es preciso dejar sentado que la experiencia práctica ha demostrado la inconsistencia de los temores manifestados por los adversarios de esta teoría, que hoy se baten en franca retirada. (...) En definitiva, entonces, la teoría del abuso del derecho no viene a ser sino una manifestación más del principio de la buena fe que, como es sabido, no sólo informa las relaciones privadas sino que con el devenir de la evolución jurídica ha sido elevado a la categoría de Principio General de Derecho, que informa, orienta y legitima el ejercicio de los derechos subjetivos, reconocido incluso en textos constitucionales, como nuestra propia Carta Fundamental en la que, sin lugar a dudas, por ejemplo se enfocan los conflictos que pueden existir entre los particulares y el Estado, en primer lugar, desde el prisma del ejercicio abusivo que este último pueda estar haciendo de sus facultades y atribuciones, y de allí que establezca la responsabilidad estatal por daños que puedan derivar de tal ejercicio ilegítimo”.

Finalmente haremos referencia al considerando vigésimo, el cual señala: “(...) La ley no debe tolerar el abuso del derecho y así lo propugna toda la doctrina en el derecho comparado. Es por ello que establece una doble directiva en cuanto al criterio discriminativo del ejercicio abusivo del derecho: a) hay abuso de derecho cuando se lo ejerce contrariamente al objeto del a institución, a su espíritu y a su finalidad; cuando lo desvía del destino para el cual ha sido creado; cuando se contrarían los fines de su reconocimiento; y b) La segunda directiva implica la subordinación, en el ejercicio de un derecho, del orden jurídico al orden moral; por eso la ley califica de abusivo el ejercicio de un derecho que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Constata este juzgador que, en la especie se conjugan estos dos parámetros

discriminatorios (...) Y no está con ello el juez desconociendo el valor de los derechos subjetivos que pertenecen al demandado. Nada de eso. Sin duda procede afirmar con fuerza los derechos subjetivos porque de su reconocimiento depende la dignidad de la existencia humana, vivida en la plenitud de su dimensión personal. Pero no es posible dejar que los derechos subjetivos se desentiendan de la justicia o se desvíen del fin para el cual han sido reconocidos, y se utilicen, en cambio, como armas de agresión para que el titular de los derechos pueda ejercerlos en cualquier dirección, aun con un signo nocivo, o sin interés para él. La libertad, que está adscripta al ejercicio regular de los derechos, no debe salirse de madre; no se la debe considerar como un fin absoluto, al que sea menester sacrificar incluso al hombre mismo como lo exigían los ídolos fenicios”.

Apelada la sentencia es confirmada por la Corte de Apelaciones. Sin embargo son dejados sin efecto los considerandos relativos al abuso del derecho. Recurrida de casación en la forma y en el fondo, se declara inadmisibile el primero y es rechazado el segundo.

A pesar de la posterior decisión de la Corte de Apelaciones, de dejar sin efecto los considerandos relativos al abuso del derecho, nos parece relevante la sentencia. Esto por cuanto acoge el abuso del derecho, realizando un extenso desarrollo de la materia (aquí se transcribió sólo lo más relevante) y lo aplicó al caso concreto.

Como podemos desprender de las sentencias analizadas en esta segunda parte, se le dio amplitud al abuso del derecho, no restringiéndolo a un ilícito civil, sino que se aplicó a diversas materias siendo de gran utilidad esta figura como fundamento de las acciones interpuestas.

Si bien, existen fallos que dan amplitud a la aplicación de la figura del abuso del derecho, estos son escasos. Creemos que los tribunales deben ampliar su criterio y dar una mayor cabida al abuso del derecho, ya que en muchos casos servirá de eficaz herramienta para interpretar e integrar la aplicación del derecho en forma de hacerlo moderno, moral y justo. Es una de las tantas vías para llegar al método de *creación judicial del derecho* en la medida que aconsejan en cada caso la mesura y la prudencia.⁶⁴

⁶⁴ Cfr. Fueyo Laneri: *Instituciones de derecho civil moderno*, p. 271

Capítulo quinto: Análisis crítico

El sentido de justicia no nos permite ignorar los casos de abuso del derecho. Claramente no vivimos aislados, estamos insertos en la sociedad, nuestros actos pueden provocar daño a otro. Por lo tanto, no podemos ampararnos en el ejercicio de un derecho para causar daño. La legislación confiere derechos a las personas para que ellas los usen y no para que “abusen de ellos”.

Como pudimos ver en el transcurso de nuestra investigación, en Chile el abuso del derecho no tiene consagración positiva. Esta ausencia de regulación ha provocado que se entienda que al abuso del derecho deben aplicársele las reglas que rigen la responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, existe escaso desarrollo doctrinal y jurisprudencial en relación a la materia.

Creo que la vía recién referida permite que muchos de los casos de abuso no queden impunes. Sin embargo la hipótesis nos parece a todas luces insuficiente.

- En primer lugar, A pesar de que la construcción de una teoría del abuso del derecho es necesaria y útil, es insuficiente el criterio planteado. Esto por cuanto no todos los casos que se presenten será posible resolverlos en base a ese criterio. Además el ilícito civil siempre ha sido sancionado en nuestra legislación. Es decir, que sea o no abuso del derecho es completamente irrelevante.

- Es insuficiente el criterio que utiliza la doctrina de reconducirlo a un acto ilícito o negligente. Esto por cuanto la mayoría de las veces el causante del abuso se ampara en la apariencia del derecho o el derecho ejercido, para decir que no lo hizo con intención.

Teóricamente es posible caracterizarlo de esa forma pero claramente en la práctica sería muy difícil que se configure un acto de abuso.

-Es verdad que existirán situaciones de abuso del derecho que exigen reparación, y para ello la víctima del daño tiene a su disposición la acción de indemnización de perjuicios. Lamentablemente no ocurre lo mismo si la víctima del daño quisiera paralizar el acto abusivo, o adoptar otras medidas más adecuadas al caso concreto.

-El procedimiento ordinario, que es el que se aplica a los casos de indemnización de perjuicios, es de larga tramitación y la única vía a la cual recurrir si seguimos el criterio restrictivo recién planteado.

-Creo que el abuso del derecho es de vastísima aplicación y que puede ser de mucha utilidad como fundamento en todas las áreas del derecho. Por eso consideramos que la aplicación restrictiva planteada permite que situaciones de ejercicio abusivo de los derechos queden impunes y que no se obtenga la sanción más idónea para cada uno de los casos.

Al aproximarnos al derecho comparado, pudimos ver cómo los ordenamientos han ido incorporando paulatinamente al abuso del derecho en sus legislaciones. Es así como desde 1900 se empezó a incorporar la condena del abuso del derecho en numerosos ordenamientos. Algunos lo hicieron, correctamente a juicio nuestro, en la Parte General o Título Preliminar como Suiza, España, Portugal, Perú y Brasil. Es interesante anotar que España, además de la indemnización contempla la posibilidad de adoptar medidas judiciales y administrativas que impidan la persistencia del abuso. Perú va más allá y establece la posibilidad de prevenir el ejercicio abusivo del derecho al permitir que el interesado pueda solicitar las “medidas cautelares” apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

Analizando la jurisprudencia nacional constatamos cómo los tribunales comenzaron a dar cabida a la figura del abuso del derecho. En primer lugar revisamos sentencias pronunciadas por los tribunales nacionales entre los años 1881-1938, correspondientes a demandas de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual que se referían a casos que hoy se considerarían como de abuso del derecho. Sin embargo no se mencionaba la figura expresamente. Luego la jurisprudencia comenzó a reconocer expresamente la figura, a aplicarla, y, en algunos de los fallos que revisamos, a desarrollar el abuso del derecho y a justificar su aplicación. En este apartado revisamos sentencias dictadas entre los años 1992-2002. En ellas aún se restringía su aplicación a la responsabilidad civil extracontractual.

Posteriormente analizamos sentencias entre los años 1981-2004. En ellas se utilizó el abuso del derecho como fundamento de otras materias, distintas a la responsabilidad, considerándose en algunas de ellas al abuso del derecho como un principio general de nuestra legislación. Aunque las sentencias que se refieren a la materia en estudio no son muy numerosas, destacamos que los tribunales reconocen el ejercicio abusivo de los derechos y lo condenan, cuando lo consideran pertinente. Sin embargo creemos que la aplicación explícita de esta figura sobrepasa los casos analizados y que su utilidad es sin duda mucho mayor.

Fueyo, en relación a la amplitud de la materia, señala que debe insistirse en que el principio del ejercicio abusivo de los derechos es de vastísima aplicación, abarcando desde el Derecho Público hasta el Derecho Privado, y tratándose de este último, comprende prácticamente todas las ramas. Consideramos que ya se abrió paso al reconocimiento del abuso del derecho.

Esperamos que los tribunales extiendan su aplicación, para que no queden impunes las posibles extralimitaciones en el ejercicio de los derechos. No queremos decir con esto que se limite la libertad, sólo aspiramos a que los derechos sean ejercidos para la finalidad por la cual fueron creados, y que no se utilicen para causar daño a otros. Además del aspecto individual de los derechos, éstos tienen una finalidad social que cumplir.

En relación a la finalidad social de los derechos, la Constitución chilena consagra en el artículo 19 N° 24 inciso segundo la función social del derecho de propiedad, dicho artículo dispone “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su *función social*”. Agrega en el inciso tercero “Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.⁶⁵. Cea Egaña al referirse a los antecedentes de la función social señala que “El ejercicio del dominio tiene límites subjetivos y objetivos. Unos y otros son intrínsecos o de la esencia de la propiedad. Sin embargo, mientras los primeros se

⁶⁵ Constitución Política de la República de Chile: www.bcn.cl/portada.html

refieren al titular de la propiedad, es decir, son subjetivos, los segundos provienen de las exigencias del orden y progreso social, de manera que son objetivos o extrínsecos a la voluntad del dueño. En punto a los límites subjetivos cabe añadir que su infracción representa el *abuso del derecho* respectivo, mientras que a propósito de los límites objetivos, el quebrantamiento de ellos lleva consigo un reproche, ético y jurídico, de mayor gravedad, pues daña la función social y, a raíz de ello, también el desarrollo de la convivencia y el bien común”.⁶⁶

Por todo lo expresado anteriormente creemos que en Chile sería muy conveniente la regulación del abuso del derecho. Al revisar las legislaciones comparadas nos pudimos dar cuenta que nuestro país se encuentra muy atrasado en relación a esta materia. La jurisprudencia por otro lado restringe su ámbito de aplicación. No aspiramos a una regulación exhaustiva, sino a una de carácter general que contemple medidas que permitan prevenir y paralizar el ejercicio abusivo de los derechos. El mejor lugar para su incorporación, tal como lo han ido haciendo los Códigos Civiles de reciente data, es el Título Preliminar o Parte General. Esto por cuanto, permite que esta figura no se restrinja a una sola área como es la responsabilidad civil, sino que sea aplicada y utilizada en todas las ramas del derecho. También abre la posibilidad que el afectado pueda elegir el procedimiento más idóneo para el caso concreto. De este modo lograremos acercarnos a la justicia que es el fin último del derecho

⁶⁶ Cea Egaña, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno tomo II derechos deberes y garantías*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003, p. 534.

CONCLUSIONES

1- El abuso del derecho surge como una aspiración de orden ético y social. Lentamente esta figura se fue abriendo paso a través de la historia. Hoy en día es aceptada prácticamente por todos, sin embargo aún existen discrepancias, entre otras, relativas a los criterios para determinar su existencia, su denominación, etc.

2- En nuestro país el abuso del derecho no está regulado positivamente en forma general, sin embargo existen normas específicas que lo recepcionan. La doctrina en general ha sostenido que al abuso del derecho es un ilícito civil al que deben aplicársele las reglas que rigen la responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo existen autores que discrepan, y que consideran que el veto al ejercicio abusivo de los derechos es un principio general de nuestra legislación. Otros consideran que lo que se ha denominado abuso del derecho no sea más que el ejercicio de un espejismo o apariencia de derecho, esto porque quien abusa del derecho lo que hace es extender el interés más allá de sus límites o lo desvía en una dirección contraria a la ley.

3- En el derecho comparado el abuso del derecho se ha ido incorporando en las respectivas legislaciones. Así pudimos comprobar como la mayoría de los ordenamientos iberoamericanos ya lo han consagrado en los Códigos Civiles. Cosa que nuestro país aún no ha realizado.

4- Hicimos énfasis en el análisis jurisprudencial, ya que es muy importante ver como los tribunales, en la práctica, han recepcionado la figura en estudio. Para ello revisamos sentencias que tratan la materia entre los años 1881 y 2004. De ellas pudimos desprender que la jurisprudencia sí recepciona el abuso del derecho. En un principio no lo mencionaba, pero sí se trataba de situaciones que responden al abuso del derecho. Posteriormente los tribunales comenzaron a hacer mención expresa de la figura. Sin embargo en ambas situaciones, restringida a la responsabilidad civil extracontractual. En el análisis de las sentencias comprobamos que también el abuso del derecho fue utilizado como fundamento de acciones interpuestas, referidas a otras materias, no restringidas a la responsabilidad civil.

Anexo: Jurisprudencia recopilada

- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 3, 2ª parte, sección 1ª, p. 60.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 5, 2ª parte, sección 2ª, p. 55.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 12, 2ª parte, sección 1ª, p. 410.
- Revista de derecho y Jurisprudencia, tomo 12 ,2ª parte, sección 1ª, p. 68.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 25, 2ª parte, sección 1ª, p. 501.
- Revista de derecho y Jurisprudencia, tomo 25, 2ª parte, sección 1ª, p. 117.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 35, 2ª parte, sección 1ª, p. 173.
- Revista de derecho y Jurisprudencia, tomo 39, 2ª parte, sección 2ª, p. 55.
- Revista de derecho y Jurisprudencia, tomo 53, 2ª parte, sección 2ª, p. 109.
- Revista de derecho y Jurisprudencia, tomo 62, 2ª parte, sección 2ª, p. 55
- Revista de derecho y Jurisprudencia, tomo 79, 2ª parte, sección 5ª, p. 202.
- Revista de derecho y Jurisprudencia, tomo 81, 2ª parte, sección 5ª, p. 88.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 82, 2ª parte, sección 5ª, p. 67.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 84, 2ª parte, sección 5ª, p. 142.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 89, 2ª parte, sección 2ª, p. 177.
- Revista de derecho y Jurisprudencia, tomo 93, 2ª parte, sección 6ª, p. 180.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 95, 2ª parte, sección 1ª, p. 57.
- Gaceta, año 1859, sentencia 347, p. 162.
- Gaceta, año 1882, sentencia 785, p. 442.
- Gaceta, año 1881, sentencia 294, p. 189.
- Gaceta, año 1884, sentencia 923, p. 594.
- Gaceta, año 1912, sentencia 311, p. 467.
- Gaceta, año 1915, sentencia 551, p. 1424.
- Gaceta, año 1935, sentencia 109, p. 363.
- Número identificador Lexis Nexis 3/ 355.
- Número identificador Lexis Nexis 33969.
- Número identificador Lexis Nexis 29192.
- Número identificador Lexis Nexis 33451.
- Número identificador Lexis Nexis 31426.
- Número identificador Lexis Nexis 32684.
- Número identificador Lexis Nexis 13818.

BIBLOGRAFIA

- Alessandri Rodríguez, Arturo: De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, 2ª edición, Editorial Ediar-Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1983.
- Barros Bourie, Enrique: Tratado de responsabilidad extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2006.
- Corral Talciani, Hernán: Lecciones de responsabilidad civil extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- Díez Schwerter, José Luis: El Daño Extracontractual Jurisprudencia y Doctrina, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- Fueyo Laneri, Fernando: Instituciones de Derecho Civil Moderno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.
- López Santa María, Jorge: Los Contratos parte general tomo I, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- Rodríguez Grez, Pablo: El Abuso del Derecho y El Abuso Circunstancia. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- Rodríguez Grez, Pablo: “Responsabilidad extracontractual”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- Ordoqui Castilla, Gustavo. (2010). *Abuso de Derecho*. 2e. Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá.
- Moisset de Espanés, Luis. (2001). *El Abuso del Derecho*. Artículo recuperado el 1º de noviembre de 2010 desde:
<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artabusodelderecho.pdf>
- Tamayo Jaramillo, Javier. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. 2e. Legis. Bogotá.

Textos legales nacionales

- Código Civil Chileno.
- Constitución Política de la República de Chile.